

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

TESIS DOCTORAL

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEGÍTIMA: REFLEXÕES SOBRE
FLEXIBILIZAÇÃO FRENTE A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA
EMPRESA FAMILIAR**

AUTOR:

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

DIRECCIÓN ACADÉMICA:

**JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ
HENRIQUE GARBELLINI CÁRNIO**

Salamanca, 2023

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEGÍTIMA: REFLEXÕES SOBRE
FLEXIBILIZAÇÃO FRENTE A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA
EMPRESA FAMILIAR**

**SÃO PAULO/SP
2023**

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

**ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEGÍTIMA: REFLEXÕES SOBRE
FLEXIBILIZAÇÃO FRENTE A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA
EMPRESA FAMILIAR**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, em regime de Cotutela de Tese e Dupla Titulação com a Universidade de Salamanca (USAL), sob orientação dos Professores: Dr. Henrique Garbellini Cárnio (FADISP-Brasil) e Dr. José Antonio Martín Pérez (USAL-Espanha)

**SÃO PAULO/SP
2023**

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

S237a

Santos, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel.

Análise constitucional da legítima: reflexões sobre flexibilização frente a problemática da sucessão da empresa familiar. / Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos. – 2023.

240 f.; fl.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Garbellini Cárnio (FADISP-Brasil)

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Martín Pérez (USAL-Espanha)

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) – São Paulo, 2023.

1. Herança legítima. 2. Empresa familiar. 3. Sucessão. I. Cárnio, Henrique Garbellini. II. FADISP. III. Título. IV. Pérez, José Antonio Martín.

CDU: 347.65

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA LEGÍTIMA: REFLEXÕES SOBRE FLEXIBILIZAÇÃO FRENTE A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA EMPRESA FAMILIAR

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, em regime de Cotutela de Tese e Dupla Titulação com a Universidade de Salamanca (USAL), sob orientação dos Professores: Dr. Henrique Garbellini Cárnio (FADISP-Brasil) e Dr. José Antonio Martín Pérez (USAL-Espanha)

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Defesa em: ____/____/____

Local de defesa: Universidade de Salamanca, Espanha

Aos meus filhos, Zara e Felipe, e ao meu esposo e companheiro de vida Rafael.

Tudo é por vocês.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a *Deus*, Senhor da minha vida, que me capacita em minhas ações e possibilita todas as minhas conquistas. Sem Ele, nada seria possível.

Agradeço ao meu marido, *Rafael Mulinari dos Santos* pela paciência, compreensão, ajuda emocional e, principalmente, incentivo, durante todo o período de estudos.

Agradeço aos meus filhos, *Zara Maia Salerno Mulinari dos Santos* e *Felipe Maia Salerno Mulinari dos Santos*, por terem vindo trazer luz e significado à minha vida.

Agradeço aos meus pais, *Simone Maia Freitas Salerno Miguel* e *Setímio Salerno Miguel*, por serem meus exemplos de vida profissional e pessoal, porto seguro e por incentivarem meus sonhos durante toda minha vida.

À minha irmã *Rafaella*, meu cunhado *Yuri* e meu afilhado *Benício*, por todo apoio e carinho.

Ao Professor e amigo *Frederico Thales de Araújo Martos*, não somente por ter me encorajado a iniciar esta trajetória, como me ajudado com seus conhecimentos durante todo o percurso.

À Professora e amiga *Maria Heloísa Nogueira Rodrigues Alves Martins* pela zelosa revisão gramatical do texto e contribuições linguísticas.

Aos meus orientadores, *Prof. Dr. Henrique Garbellini Cárnio* e *Prof. Dr. José Antonio Martín Pérez*, por todos dedicação, paciência, compreensão e gentileza durante todo o processo de conclusão do trabalho.

Aos *funcionários* e *professores* da Faculdade Autônoma de Direito e da Universidade de Salamanca, por todo ensinamento enriquecedor e suporte durante os 4 anos de doutoramento.

Aos meus *amigos* e *colegas* do curso de Doutorado, em especial *Ivy Helene Lima Pagliuso* e *Sarah Carolina Galdino Arruda*, companheiras de jornada, por dividirem toda sabedora e amizade.

“Sempre imaginei que o paraíso fosse uma espécie de biblioteca.”

Jorge Luis Borges

RESUMO

A presente tese busca refletir sobre a possibilidade de flexibilização do instituto da legítima, dentro da área de Direito das Sucessões, a partir do paradigma da problemática da sucessão das empresas familiares, cenário onde ocorre a intersecção entre família, empresa e sucessão. A importância e a relevância socioeconômicas da empresa familiar, não somente no âmbito interno brasileiro, como em outros países, a exemplo da Espanha, justificam a escolha do tema para o presente estudo. Mesmo com essa representatividade, o ordenamento jurídico ainda não conseguiu estabelecer caminhos sólidos para se trabalhar com a problemática da sucessão das empresas familiares, principalmente sob a perspectiva de limitação da autonomia privada para a elaboração e a efetividade de planejamentos sucessórios. Dessa forma, a ideia inicial é analisar a evolução da família, desde a sua origem histórica com a influência do Direito Romano e do Direito Canônico, até a família contemporânea, reconhecida em todas as formas de manifestação familiar e pautada em princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do pluralismo, da solidariedade e da afetividade. Em seguida, dedicar-se a explorar o direito constitucional à herança a partir do instituto da legítima, e a traçar os contornos dos fundamentos axiológicos para sua manutenção, confrontando-os com o princípio da autonomia privada. Ao se debruçar sobre a empresa familiar, urge analisar o seu conceito, os seus desafios, as suas características e a sua relevância, sob o prisma dos princípios indispensáveis que regem o Direito Empresarial e Societário, apresentar os problemas e as dificuldades da junção da empresa com as normas de direito sucessório além da análise de instrumentos utilizados para o elaborar o planejamento sucessório para, em seguida, apresentar as reflexões sobre a temática. Concluindo-se pela necessidade de adequação do instituto da legítima a partir de sua funcionalização e da adequação de suas normas com o objetivo de garantir um maior equilíbrio do princípio da autonomia privada com os princípios da solidariedade e da função social da herança, compete analisar sua releitura com os critérios de proteção aos vulneráveis aos economicamente dependentes. Por derradeiro, passa-se a traçar uma proposta *de lege ferenda* de possíveis alterações legislativas das normas de direito sucessório que regulam a legítima, adequando-as às mudanças e aos anseios sociais e familiares, em busca a possibilitar a conformação do instituto com os princípios e as garantias constitucionais.

Palavras-chaves: Empresa Familiar. Sucessão. Herança Legítima.

RESUMEN

Esta tesis busca reflexionar sobre la posibilidad de flexibilizar el instituto de la legítima, dentro del área del Derecho de Sucesiones, a partir del paradigma de la sucesión de las empresas familiares, escenario donde se da la intersección entre familia, empresa y sucesión. La importancia y relevancia socioeconómica de la empresa familiar, no solo en Brasil, sino también en otros países, como España, justifican la elección del tema para este estudio. A pesar de su relevancia, el ordenamiento jurídico aún no ha podido establecer formas sólidas de trabajar el problema de la sucesión, principalmente desde la perspectiva de establecer el alcance de la autonomía privada para la elaboración y efectividad de la planificación sucesoria. De esta forma, la idea inicial es analizar la evolución de la familia, desde su origen histórico con la influencia del Derecho Romano y el Derecho Canónico hasta la familia contemporánea, reconocida en todas las formas de manifestación familiar y fundamentada en principios constitucionales como la dignidad humana, la libertad, el pluralismo, la solidaridad y el afecto. Luego, procederemos a explorar el derecho constitucional a la herencia, desde la perspectiva del instituto de la legítima, y delinear los contornos de los fundamentos axiológicos para su mantenimiento, confrontándolos con el principio de la autonomía privada. Al mirar a la empresa familiar, es urgente analizar su concepto, desafíos, características y pertinencia, bajo el prisma de los principios indispensables que rigen el Derecho Empresarial y Societario, además de presentar los problemas y dificultades de vincular la empresa con las normas del derecho sucesorio, y el análisis de los instrumentos utilizados para elaborar la planificación sucesoria, para luego presentar reflexiones sobre el tema. También se plantea la necesidad de adecuar el instituto de la legítima a partir de su funcionalización y adecuación de sus normas, con el objetivo de garantizar un mayor equilibrio del principio de autonomía privada con los principios de solidaridad y la función social de la herencia, por lo que nos corresponde analizar su reinterpretación con criterios de protección a los vulnerables y económicamente dependientes. Finalmente, se elabora una propuesta de lege ferenda para posibles modificaciones legislativas a las normas del Derecho sucesorio que regula las legítimas, adaptándolas a los cambios y preocupaciones sociales y familiares, buscando la posibilidad de la conformación del instituto con los principios y garantías constitucionales.

Palabras-claves: Empresa familiar. Sucesión. Herencia Legítima.

ABSTRACT

This thesis seeks to reflect on the possibility of making the legitimate institute more flexible, within the area of Succession Law, based on the paradigm of the succession of family businesses, a scenario where the intersection between family, business and succession occurs. The socioeconomic importance and relevance of the family business, not only within Brazil, but also in other countries, such as Spain, justify the choice of theme for this study. Even with this representativeness, the legal system has not yet been able to establish solid ways to work with the problem of succession, mainly from the perspective of limiting private autonomy for the elaboration and effectiveness of succession planning. In this way, the initial idea is to analyze the evolution of the family, from its historical origin with the influence of Roman Law and Canon Law to the contemporary family, recognized in all forms of family manifestation and based on constitutional principles such as human dignity, freedom, pluralism, solidarity and affection. Then, dedicate yourself to exploring the constitutional right to inheritance, from the perspective of the legitimate institute, and outline the contours of the axiological foundations for its maintenance, confronting them with the principle of private autonomy. When looking at the family business, it is urgent to analyze its concept, challenges, characteristics and relevance, under the prism of the indispensable principles that govern Corporate and Corporate Law, in addition to presenting the problems and difficulties of joining the company with the rules of inheritance law, and the analysis of instruments used to prepare succession planning, and then present reflections on the subject. Concluding by the need to adapt the legitimate institute based on its functionalization and adequacy of its norms with the objective of guaranteeing a greater balance of the principle of private autonomy with the principles of solidarity and the social function of inheritance, it is up to us to analyze its reinterpretation with criteria of protection for the vulnerable and the economically dependent. Finally, a lege ferenda proposal is drawn up for possible legislative changes to the rules of inheritance law that regulate the legitimate, adapting them to changes and social and family concerns, seeking to enable the institute to comply with constitutional principles and guarantees.

.

Key words: *Family Business. Succession. Legitimate Inheritance.*

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

ADPF- Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CCB – Código Civil Brasileiro

CCCat – Código Civil de Catalunha

CCE – Código Civil Espanhol

CCP – Código Civil Português

CFB – Constituição Federal do Brasil

CJF – Conselho da Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 A FAMÍLIA NA HISTÓRIA E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	19
2.1 A influência do direito canônico no direito romano e suas reverberações no direito brasileiro	20
2.2 A influência da religião e do direito romano no modelo familiar.....	32
2.3 A evolução da família e os avanços da CF/88.....	41
2.4 Os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família	44
2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	45
2.4.2 Princípio da liberdade	48
2.4.3 Princípio da igualdade	50
2.4.4 Princípio da solidariedade familiar e reciprocidade.....	53
2.4.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	54
2.4.6 Princípio da proteção do idoso e da pessoa com deficiência... 	56
2.5 A lógica da família afetiva contemporânea.....	59
2.5.1 Princípio da afetividade e as relações de afeto	59
2.5.2 Pluralismo familiar e não discriminação: a realidade social e as pluripossibilidades.....	62
3 O DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA NA PERSPECTIVA DA LEGÍTIMA	67

3.1 A sucessão no direito romano.....	67
3.1.1 Reconhecimento formal da sucessão legítima: a lei das 12 tábuas.....	69
3.1.2 Reconhecimento material da legítima: a <i>lex falcidia</i>	71
3.2 O tratamento da legítima no direito estrangeiro	72
3.2.1 Direito espanhol	73
3.2.2 Direito português.....	81
3.2.3 Direito italiano.....	86
3.3 A legítima no direito brasileiro	89
3.3.1 A evolução do tratamento legal da legítima no ordenamento jurídico brasileiro.....	90
3.4 O fundamento axiológico da legítima	99
3.5 A redução das liberalidades inoficiosas.....	102
3.6. A colação.....	107
3.7 A proibição de pactos sucessórios: o <i>pacta corvina</i>	110
3.8 A legítima x princípio da autonomia privada.....	113
4 A EMPRESA FAMILIAR E A LEGÍTIMA.....	119
4.1 Conceito de empresa familiar	121
4.2 Características, desafios e relevância da empresa familiar.....	124

**4.3 O princípio da função social e o princípio da preservação da empresa -
necessidade de manutenção da natureza das empresas familiares132**

**4.4 A empresa familiar e o direito sucessório - problemas e dificuldades
da sucessão causa mortis da empresa familiar e a dificuldade de planejamento
sucessório efetivo136**

**4.4.1 Os efeitos da quebra da *affectio societatis* em decorrência dos
conflitos familiares entre herdeiros nas empresas familiares141**

4.5 Instrumentos tradicionais de planejamento sucessório familiar144

4.5.1 Testamento145

4.5.2 Doação.....150

4.5.3 Holding familiar154

4.5.4 Pactos familiares de empresa - os protocolos familiares.....158

**5 REFLEXÕES SOBRE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA FRENTE A
PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA EMPRESA FAMILIAR164**

**5.1 Descompasso axiológico das normas de sucessão
legítima.....164**

**5.2 Flexibilização da legítima frente a observância do princípio da
autonomia
privada.....171**

**5.3 Proteção com base na vulnerabilidade: releitura da reserva da legítima
em observância ao princípio da função social da herança e do princípio da
solidariedade176**

5.4 Análise crítica do cônjuge, do companheiro e dos ascendentes como herdeiros necessários - reflexões de modernização legislativa	184
5.5 Possibilidade de relativização da proibição genérica de contratualização do fenômeno sucessório - a possibilidade de renúncia antecipada à sucessão futura em pacto antenupcial.....	191
5.6 Relevância dos protocolos familiares empresariais na solução de problemas da sucessão de empresa familiar – maior liberdade para planejamento da sucessão.....	201
5.7 A flexibilização da legítima: proposta de lege ferenda.....	210
CONCLUSÕES	219
REFERÊNCIAS.....	227
LEGISLAÇÃO CONSULTADA.....	239

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece a família como base da sociedade e determina ao Estado o exercício de primar por sua proteção, além de garantir o direito constitucional à herança, atribuindo ao legislador infraconstitucional a regulamentação das normas que regem sucessão hereditária.

No entanto, o modelo familiar adotado em 1988 passou por várias modificações, inclusive levando muitos sociólogos, como Jean Pierre Bourdieu, Jurgen Habermas, dentre outros, a apontarem as novas estruturas sociais e suas complexidades numa teia de discussões que se estende até os dias atuais, deixando a compreensão teórico-conceitual da, ainda no campo da indefinição.

Porém, independentemente das finitudes de tais bases conceituais, ou ainda, do consenso entre seus pesquisadores e doutrinadores, o que se tem de fato é que o conceito e o contexto familiar não são nem de perto o que se compreendia em 1988. A família da atualidade é compreendida a partir de seu dinamismo e das pluripossibilidades de constituição familiar, cujos princípios norteadores são o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia privada, do afeto, do pluralismo e da solidariedade familiar.

As normas de Direito Sucessório, no entanto, não acompanharam a evolução e se apresentam em total e complexo descompasso axiológico com a realidade e as demandas sociais, especialmente as regras que regulam o instituto da legítima.

A importância e a representatividade socioeconômica das empresas familiares, por sua vez, demandam cada dia mais a necessidade de uma análise quanto aos desafios e à problemática que gira em torno de sua sucessão. A limitação da autonomia privada por institutos de direito sucessório ainda constitui considerável obstáculo para a elaboração, pelas empresas familiares, de um planejamento sucessório efetivo que ao menos diminua a possibilidade de aparecimento dos conflitos advindos da transmissão da empresa em decorrência de sucessão *mortis causa*.

Dessa forma, a fim de evitar consequências prejudiciais, conservar e preservar o patrimônio e a continuidade da empresa familiar através das gerações, além de trazer uma modernização a institutos jurídicos que não mais encontram fundamento para se manterem inalterados, é necessário realizar uma análise crítica das normas sucessórias a fim de que o Direito possa se adequar às realidades sociais e colocar à disposição dos indivíduos, do empresário e da família, estruturas que permitam uma funcionalização do instituto da legítima e possibilite, com isso, a continuidade e a sobrevivência das empresas familiares quando da morte do fundador.

Cabe ao Direito se adequar às complexidades sociais, bem como adequar sua aplicabilidade na busca por justiça e equidade, independentemente de crenças sociais ou de análises hermenêuticas que tendem a subverter aos antagonismos das influências pessoais de seus intérpretes.

Da mesma forma, o Direito precisa se adequar paulatinamente na compreensão das modificações das estruturas das instituições familiares, trazendo uma hermenêutica do direito à herança baseada em sua real função social. Acredita-se que grande parte desta inércia legislativa esteja associada ainda à compreensão arcaica sobre o conceito de família, reverberando, assim, nas compreensões sobre o direito de herança, e conseqüentemente, atuando diretamente nas empresas familiares, já que sobre essas também incide o direito sucessório.

Nesse sentido, cabe a este estudo trazer à tona a seguinte questão: Como a nova constituição de família afeta o planejamento sucessório, sob a perspectiva da problemáticas da sucessão das empresas familiares, e como o direito sucessório deve a isso se adequar?

Assim, como objetivo principal, tem-se de estabelecer reflexões a partir da análise da construção do novo contexto familiar e como essa construção compõe a necessidade de repensar alguns aspectos fundamentais do direito, dentre eles a estrutura normativa do instituto da legítima sob o prisma da observância e proteção da autonomia privada.

Quanto à metodologia, utilizou-se o dedutivo-qualitativo, a partir do emprego de pesquisa histórica, jurisprudencial, bibliográfica e documental, além da análise da

legislação estrangeira, especialmente a espanhola, a portuguesa e a italiana. O método dedutivo foi utilizado com o propósito de explicar as premissas partindo da análise do geral, com um raciocínio em ordem decrescente, para ao final alcançar a conclusão.

A estrutura dessa tese foi então norteada precipuamente de acordo com os objetivos aqui elencados, cabendo a cada capítulo a análise dos desdobramentos da problemática proposta, a sustentar as argumentações e arguições na condução de uma linha sistêmica que levou ao embasamento das reflexões centrais e da proposta legislativa *de lege ferenda*, considerada a maior das contribuições desse trabalho.

No segundo capítulo, objetiva-se traçar um estudo sobre a evolução da família historicamente, desde sua concepção atrelada à influência do Direito Romano e do Direito Canônico, até a compreensão contemporânea de sua essência, pautada no reconhecimento do afeto como princípio jurídico e das diversas formas de entidades familiares.

No terceiro capítulo, dedica-se a compreender o direito constitucional à herança na perspectiva do instituto da legítima, desde a análise de suas linhas gerais na antiguidade, passando por sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, até chegamos aos desdobramentos dos fundamentos da legítima que buscam justificar a limitação da autonomia privada da forma como atualmente é estruturada.

Essa análise é indispensável para se estabelecer uma releitura desses fundamentos com objetivo de se garantir a observância da real função social da herança e da solidariedade familiar e social.

No quarto capítulo aborda-se o estudo das empresas familiares, desde seu conceito, relevância, até a problemática utilizada como paradigma para as reflexões a que o trabalho se propõe, consubstanciada nos problemas e nas dificuldades da sucessão *mortis causa* da empresa familiar e a dificuldade de planejamento sucessório efetivo diante das limitações à autonomia privada dispostas nas normas de Direito Sucessório.

No quinto e último capítulo parte-se para a construção das reflexões propostas com vista a analisar a possibilidade de flexibilização do instituto da legítima, com o

confronto a partir da observância dos princípios da autonomia privada, da função social da herança e da solidariedade, reconstruindo seus fundamentos a partir de critérios de vulnerabilidade e necessidade do herdeiro.

Num segundo momento, analisa-se a possibilidade de relativização da proibição genérica dos pactos sucessórios e propõe-se a inclusão de exceções que possibilitem um melhor planejamento sucessório, além de uma maior conformação da legislação aplicável às demandas sociais complexas.

Por fim, derradeiramente no capítulo, sugere-se *de lege ferenda* uma estrutura normativa com propostas de adequação e modernização das normas que regem o instituto sucessório da legítima, entre elas que a limitação da autonomia privada e a intervenção estatal fique reservada à observância e proteção de herdeiros vulneráveis ou economicamente dependentes do autor da herança. Não sendo o caso, a autonomia privada do autor da herança em dispor de seu patrimônio para efeitos *mortis causa* deve ser garantida.

2 A FAMÍLIA NA HISTÓRIA E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Uma vez que este estudo se concentra em demonstrar que o novo contexto familiar provoca o direito a criar alternativas e em repensar alguns posicionamentos, inclusive constitucionais, este capítulo traz em seu escopo a demonstração da evolução da compreensão da entidade familiar e sua evolução ao longo da História. Em especial no contexto eurocêntrico que, por sua vez, traçou suas bases jurídicas sob influência direta do direito romano e, conseqüentemente, da Igreja, construindo então, um direito fundamentado em bases ideológicas, inclusive no Brasil.

Para tanto, o capítulo foi dividido em seis partes principais: Na primeira parte se discorre sob o direito romano e suas reverberações no direito brasileiro, e o que por muitos anos foi considerado como modelo ideal de sociedade brasileira, aquele modelo que seguia os padrões e condutas europeias.

No segundo momento, é convocada a construção do imaginário de modelo ideal de família, ou seja, o modelo patriarcal, que fundamentou durante muitos anos não apenas a construção da sociedade, mas, diretamente, a própria compreensão do direito sob diversos assuntos, dentre eles, a classificação e o reconhecimento de filhos, nomeados anteriormente como legítimos, adotivos ou bastardos. Ou ainda, como será discorrido neste estudo, o direito à herança sucessória, que chegou inclusive, a reconhecer apenas os legítimos (esposa e filhos) como os herdeiros.

Essa discussão abre, então, a reflexão da terceira parte sobre os avanços ocorridos na Constituição Federal de 1988, a qual apesar de suas limitações ainda hoje prevalentes, foi o modelo considerado mais próximo do ideal para atender às demandas da sociedade, sendo reconhecida, inclusive, como “Constituição Cidadã”.

Na quarta parte apresentam-se os princípios constitucionais aplicados ao direito de família e como esses princípios são incorporados quando se passa a considerar os laços de afeto nos núcleos familiares, demonstrando então, no quinto tópico, a lógica da família afetiva contemporânea, que nada mais é do que o reconhecimento, ou melhor, a aceitação do direito dos parâmetros e direcionamentos que a sociedade incorpora.

Por fim, no sexto e último tópico, faz-se uma reflexão sobre os diversos tipos de formatos familiares, especialmente possibilitados pelo afeto, reverberando, então, nos modelos que o direito deverá abarcar e proteger daqui em diante.

2.1 A influência do Direito Canônico no Direito Romano e suas reverberações no direito brasileiro

Antes da análise das influências religiosas e romanas no modelo familiar e sucessório - temas centrais do presente trabalho - é importante estabelecer breves apontamentos histórico-temporais no que diz respeito à influência da religião e do direito romano nos desdobramentos sociais e jurídicos ao longo dos anos, não só no Brasil, mas no modelo ocidental como um todo.

São inegáveis as reverberações, no direito, dos berços romano e canônico nos quais nossa sociedade repousa, e para entender a realidade social e, como consequência, o direito contemporâneo, é preciso, primeiramente, entender como chegamos até aqui sem, no entanto, a pretensão de esgotar as vicissitudes da historicidade romana-cristã, o que, por óbvio, não seria possível realizar no presente estudo.

Não se pode afirmar que exista apenas um Direito Romano. Ao longo de seus vinte e dois séculos de vigência, que datam de 753 a.C até 1453 d.C, assim como vivenciamos em nossa realidade atual, que está em constante mudança social e, conseqüentemente, no campo do Direito, o Direito Romano também não permaneceu estável, tendo sofrido diversas mutações fundamentais e principiológicas, não sendo possível, portanto, estabelecer um único critério para o estudo de suas instituições e suas fontes.

O Direito Romano é muito mais do que apenas mero complexo normativo. É um legado do povo romano e de suas instituições ao unificar a prática das questões cotidianas com a racionalidade filosófica grega, unindo a *ratio* com a *praxis*. Essa

junção é a ideia primária de efetivação e procedimentalização de normas jurídicas discutidas e trabalhadas até os dias atuais.¹

Para o recorte necessário ao estudo, neste momento, atemo-nos ao período chamado Direito Romano Clássico, com maior ênfase na era a partir de Constantino, e as consequências que se sucederam de sua conversão e da inserção do cristianismo na realidade e a seara política da época.

Nos primórdios de Roma, na época da Realeza, o que vigorou foi o chamado “direito quiritário”, representado pelo *jus civile*, que mesclava direito e religião a partir de uma formalidade rígida cuja tutela era direcionada apenas aos direitos e aos interesses dos patrícios, deixando os plebeus às margens da tutela política. Assim como todos os povos da Antiguidade, os romanos também desenvolveram um sentimento religioso, a busca pela razão existencial a partir daquilo que não conseguem entender, como inerente à natureza humana, e esse sentimento repercutia diretamente na vida sócio-política romana.

A sociedade romana era dividida por classes sociais, determinadas por nascimento, domicílio e fortunas. A classes se dividiam entre patrícios – os descendentes das famílias fundadoras de Roma, também chamados de *quintes*² e o únicos que possuíam o *status civitatis*, ou seja, o título de cidadãos romanos; os clientes – estrangeiros que não tinham cidadania romana e viviam sob a proteção e dependência dos patrícios; os plebeus – aqueles provenientes de outras regiões que fixavam residência em Roma, mas não tinham descendência patrícia e, portanto, não eram considerados cidadãos romanos, e se dedicavam a atividades como agricultura, comércio ou artesanato; e por fim, os escravos – aqueles que eram considerados uma “coisa” (*res*) e não tinham qualquer tipo de direito, sendo propriedade de seus senhores.

A forma de direito que vigorou em Roma nesse período, até o século IV a.C, fazia uma junção entre divino e humano, confundindo a moral com a religião. O *jus civile*, criado pelos homens, era completamente entranhado de viés rigorosamente

¹ SIQUEIRA, João Paulo S. de. Direito Romano: Influências no pensamento jurídico latino-americano. Revista do Instituto Do Direito Brasileiro. Ano 2 (2013), nº 5, p. 4381-4395.

² Esta classe se julgava descendente de Rômulo, considerado na romanescas história literária o fundador de Roma e primeiro rei que, após a sua morte, teria se tornado o deus *Quirites*.

religioso, desde conteúdo até formalidades sacramentais, a exemplo de realizações de negócios com as partes tendo que comparecer a um templo e celebrar o negócio na frente da estátua de um dos deuses, como exemplifica Rolim:

O *jus civile* era um direito extremamente formal e rigoroso. As partes, quando se dirigiam ao magistrado ou quando iam realizar qualquer negócio jurídico, deviam fazer exatamente os gestos simbólicos exigidos e repetirem rigorosamente, *ipsis litteris*, as palavras solenes predeterminadas (*verba certa*). As formas do processo eram sacramentais. Se alguém pronunciasse palavras incorretas ou agisse de forma diferente da preceituada, perderia a ação ou o negócio seria nulo. Assim, por exemplo, no *stipulatio* (contrato verbal no qual o contratado prometia pagar uma prestação), ambos, contratante e contratado, deviam comparecer a um templo e, na frente da estátua de um dos deuses celebrar solenemente o acordo. O contratante, então, devia perguntar em alta voz: *Spondes!* (prometes fazer isso que estás prometendo?) e o outro devia lhe responder, também em alto e bom som: *spondeo* (assim o prometo), e assim ficava selado o compromisso com todas as implicações legais. O que comprometia os homens, na realidade, era a fórmula sagrada pronunciada solenemente por ambos, na frente dos deuses.³

Esse período do Direito Romano Arcaico perdurou até por volta do ano 509 a.C, quando um grupo de aristocratas expulsou os etruscos em uma aliança entre gregos e latinos que liderou um movimento de libertação, com a queda do último rei, Tarquínio, o Soberbo. Surge, então, a era do período da República romana que, em substituição à monarquia anterior, era liderada por dois homens⁴ que compartilhavam o poder supremo.

Os dois primeiros séculos de República em Roma foram marcados por um constante conflito entre plebeus e patrícios, principalmente pela distinção de classes do período da realeza, que advinha da religião.

A história de Roma durante os dois primeiros séculos da República é dominada pelo conflito entre patrícios e plebeus (CORNELL; MATTHEWS, 2005, p.25). “Essa distinção de classes vinha da religião” (COULANGES, 2003, p. 222). “A plebe era formada por todos os que, ou por serem estrangeiros, ou por serem de famílias sem culto doméstico, ficavam à margem de um ordenamento jurídico baseado na religião dos lares ou antepassados” (DE CICCIO, 2012, p.55).

³ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

⁴ Lucio Junio Bruto e Lucio Tarquino Colatino. CANFORA, Luciano. JULIO CESAR: Un dictador democrático. Tradução Xavier Garí de Barbará; Alida Ares. Barcelona: Editorial Planeta, 2000. p. 451.

“Como não possuía as crenças sobre as quais estava embasado, esse direito lhe parecia não ter fundamento. Achava-o injusto e, desde então, tornou-se impossível que permanecesse em pé” (COULANGES, 2003, p. 282). “Proclamada a República, o elemento plebeu foi conquistando vantagens e prerrogativas” (LOBO, 2006, p. 32).⁵

Apesar das tensões entre as classes, a monarquia não retornou, e a República se fixou e prosperou, sendo nesse período, inclusive, que ocorreu a conquista de toda península itálica. O chamado *direito pretoriano* ou *direito honorário* atenuou a rigidez formal do Direito Romano Arcaico, com uma mentalidade renovada de justiça, advinda dos magistrados romanos, especialmente os pretores.

O que determinou o caminho da queda do período republicano e a ascensão do Império foi a intensificação das lutas entre as classes, uma vez que, embora o direito houvesse atenuado em alguns aspectos, os patrícios continuavam por manter suas regalias e direitos, ao passo em que iam retirando o pouco que os plebeus haviam conquistado. Fustel de Coulanges descreve o cenário da época:

Desde que o patrício se obstinava em pensar que somente a religião hereditária devia governar os homens, resultava daí que não via governo possível para a plebe. O patrício não concebia que o poder social pudesse ser exercido sobre aquela classe de homens. A lei sagrada não podia aplicar-se a eles; a justiça era um terreno santo, que lhes era interdito. Enquanto houve reis, estes tomaram sobre si o encargo de governar o povo, e o fizeram de acordo com certas regras, que nada tinham em comum com a antiga religião, e que a necessidade ou o interesse público inventara. Mas, pela revolução que havia expulsado os reis, a religião retomara o poder, fazendo com que, automaticamente, toda a classe dos plebeus fosse excluída de todas as leis sociais.⁶

Com essa diferenciação, os plebeus ficaram cada vez mais insatisfeitos e foram estabelecer-se fora dos limites de Roma. Diante disso, o Senado se dividiu em duas posições: aqueles patrícios apegados às antigas crenças que viram a partida dos plebeus como algo que já deveria, há muito, ter acontecido; e aqueles menos fiéis

⁵ NETO, José Guida. Ulpiano e o estoicismo no direito romano do principado. Tese de Doutorado PUC-SP. São Paulo, 2012. p. 19-20.

⁶ COULANGES. Fustel de. A Cidade Antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 205.

aos velhos hábitos e mais apegados à ideia da grandeza de Roma, que se incomodaram com a partida dos plebeus, e que compunham quase metade do exército. Ao mesmo tempo, os plebeus viram que não conseguiriam instituir uma sociedade no isolamento. Patriciado e plebe perceberam, então, que embora não tivessem nada em comum, não podiam viver apartados.

Ao estabelecer, assim, um tratado de aliança, consignou-se que os plebeus constituiriam uma sociedade quase regular, com chefes escolhidos entre seus membros – origem do tribunado da plebe – embora sem a mesma natureza e autoridade do magistrado. “Em Roma, portanto, como no passado, havia duas sociedades: a cidade e a plebe; uma, muito bem-organizada, com leis, magistrados, senado; outra, que continuava a ser uma multidão sem lei, mas que em seus tribunos invioláveis encontrava protetores e juízes.”⁷

No decorrer dos anos, os plebeus foram tomando espaços nos lugares até então reservados apenas aos patrícios, e foram aos poucos conquistando seus direitos, principalmente após a promulgação da Lei das XII Tábuas.⁸ A plena igualdade, no entanto, veio apenas em 254 a.C, com a integração das duas classes sociais ao nomear um plebeu, Tibério Corucânio, para o cargo de pontífice máximo, posterior à *Lex Hortênsia*, que conferiu valor jurídico às decisões tomadas nas assembleias dos plebeus (*plebiscita*), que agora deveriam ser respeitadas e observadas em toda a Roma.

O Direito Romano Clássico se inicia com o período do Principado, também chamada de Roma Imperial, a fase de transição entre o período da República Romana, agora em decadência, e um absolutismo emergente, que veio como consequência a uma grave crise socio-política-econômica instaurada no era republicana, ambientada em um cenário marcado por guerras civis, até o assassinato

⁷ COULANGES. Fustel de. A Cidade Antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006. p. 209.

⁸ “A Lei das XII Tábuas, também conhecida como *“Lei Decenviral”*, foi, pois, a primeira lei escrita do mundo romano. Não se tratava propriamente de um código, mas sim de uma compilação seca e formal das normas então vigentes, trazidas pelos costumes no decorrer dos séculos. “O conhecimento que dela temos - um conhecimento fragmentário mas não limitado, depende das citações dispersas por toda a literatura latina, nos juristas como nos gramáticos, nos mestres da retórica como nos historiadores e arqueólogos.” ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

de César, em 44 a.C, período marcado por um afastamento do povo da religião e das antigas tradições dos antepassados.

Roma viu surgir, no ano 27 a.C, a figura de um príncipe que detinha o poder todo em suas mãos e governava com a ajuda daqueles por ele próprio nomeados, como explica Luiz Antonio Rolim:

Dessa forma, surgiu em Roma o denominado período do *Principado*, com os poderes enfeixados nas mãos de um *príncipe* que governava com a ajuda de funcionários por ele mesmo nomeados ou demitidos. No período do *Principado*, o senado e os demais cargos da magistratura, próprios do regime republicano, continuaram a existir, mas com atribuições drasticamente reduzidas⁹.

Além da inauguração do período imperial e o surgimento da figura do *príncipe*, é também nesse mesmo período que o direito romano ganha novas vertentes, com o desenvolvimento do *direito jurisprudencial*, iniciado aproximadamente no ano 100 a.C, emanado da atividade jurídica intensa dos jurisconsultos e uma universalização do sistema jurídico romano.

O direito jurisprudencial concedia a determinados jurisconsultos romanos escolhidos pelo Imperador a autoridade para emitirem pareceres que, com força de lei, deveriam ser seguidos e aplicados pelos juízes, vinculando e orientando os tribunais em suas decisões. Essa modalidade instaura um período jurídico pautado em um direito mais abrangente e racional, que persistiria através dos séculos. Diversos jurisconsultos famosos datam deste período, tendo deixado clássicas obras e escritos sobre as instituições de Direito Romano, como Ulpiano, Modestino, Paulo, Gaio, dentre tantos outros.

Embora existam algumas divergências entre os romanistas, é certo que não há como negar que o Direito Romano, que influenciou e serviu de embrião para o direito da maioria das nações ocidentais, também sofreu, em sua formação, influências de outros povos, especialmente da filosofia grega. Os gregos, embora se destacassem em diversas áreas do saber, não eram conhecidos por serem grandes juristas. A influência, portanto, a que se refere, é da sua filosofia na formação do sistema jurídico

⁹ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71.

de Roma, já que, na época da Realeza, o povo romano já conhecia os conceitos gregos de “justo” e “injusto”, principalmente trazidos por poetas como Sófocles, Eurípedes e Asistófanes em suas narrativas da tragédia grega.¹⁰

Os três princípios básicos que norteavam o entendimento romano sobre o direito – *honestere vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*¹¹ - eram um misto de moral e direito, características conceituais claramente herdadas da filosofia helênica e influência do pensamento estoico, este inclusive, fortemente introduzido pelos filósofos Panécio e Posidônio quando criaram uma “escola estoica” em Roma.

Entrando em contacto com a filosofia helênica, era natural que os romanos fossem levados a contemplar os quadros de sua maior criação (o direito) à luz dos ensinamentos ético-políticos desenvolvidos desde Pitágoras até os estóicos e, através da especulação filosófica, a "dar-se conta" da esfera específica de cultura por eles revelada".¹²

Continua Miguel Reale, citando Laferrière, que "os jurisconsultos romanos subordinaram-se profundamente ao pensamento estóico (...) e foi sob a influência deste pensamento que o direito civil de Roma tomou o nome próprio de Direito Romano."¹³ A influência aristotélica também se mostra forte e presente no período clássico do Direito Romano, ao passo em que os jurisconsultos, ao aplicar o direito, levavam em consideração não apenas a aplicação simples de regras estatuídas, mas analisavam as circunstâncias do caso concreto, também, sob a ótica do direito natural, ou seja, aquelas tendências próprias da natureza humana, em uma verdadeira dialética em busca do “justo”. E, ao buscar esta ideia de “justiça” a partir do conceito de equidade, ou mesmo a partir dos extremos, os romanos aplicavam a teoria aristotélica do meio termo – a justiça não está nos extremos, mas sim no meio das coisas.¹⁴

¹⁰ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77-78.

¹¹ “Viver honestamente, não prejudicar a outrem, dar a cada um o que é seu”.

¹² REALE, Miguel. Horizontes do direito e da história. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 65.

¹³ LAFERRIÈRE. Histoire du droit civil du Rome et du droit civilfrançais. Paris: 1886. vol. II, p. 192. Cfe. REALE, Miguel. Horizontes do direito e da história. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 65.

¹⁴ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-80.

Para Aloysio Ferraz Pereira, “o direito natural de inspiração aristotélica foi a alma do direito romano clássico”¹⁵, ao passo em que considera que as definições da justiça, do direito, da jurisprudência e as classificações de instituições e conceitos jurídicos que herdamos do direito romano só puderam ser realmente compreendidos e adquiriram coerência quando demos a elas as significações da ciência e do direito natural de Aristóteles.¹⁶ Desse cenário, podemos extrair a máxima de que o direito serve à sociedade, e não é imposto a ela de forma coercitiva, como explica Rolim, ao expor que:

O cidadão romano, por outro lado, era considerado não como um indivíduo isolado de tudo e de todos, mas como parte de um todo, inserido numa sociedade e, conseqüentemente, o direito deveria visar ao bem estar dessa mesma sociedade. Assim sendo, as leis deveriam provir do próprio meio social e não, ao contrário, ser coercitivamente impostas à sociedade. O direito deveria nascer da e na sociedade e não de uma análise isolada de uma pessoa individualmente considerada: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.*¹⁷

Seguindo-se na historicidade romana, no terceiro século da era cristã, os imperadores romanos se mostraram despreparados em sanar as irregularidades do governo, as diferenças sociais voltaram a se acentuar e as tensões entre classes, novamente, a se intensificarem. Em um período de caos político, surge o regime absolutista do *Dominato*, instaurado efetivamente com o Imperador Diocleciano, em 284 d.C, que dividiu o império romano em duas partes: o império romano ocidental (*pars occidentis*), governado por Maximiano, e o império romano oriental (*pars orientis*), governado pelo próprio Diocleciano. Em 286, nomeou dois outros governadores, Galério e Constâncio Cloro, este encarregado das regiões da Britânia, Gália e Espanha, e aquele da Ilíria e da Grécia, surgindo, assim, um sistema de governo chamado *tetrarquia*.¹⁸

¹⁵ PEREIRA, Aloysio Ferraz. *O direito como ciência*. São Paulo: RT, 1980, p. 12 Cfe. ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80.

¹⁶ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80.

¹⁷ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80.

¹⁸ ROLIM, Luiz Antonio. Instituições de direito romano. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83

Constantino, filho de Constâncio Cloro, se juntou ao seu pai em 305 d.C para lutar nas campanhas da Britânia. Nesse mesmo ano, Diocleciano abdica do trono e o impõe a Maximiano, tornando, Galério e Constâncio, os imperadores do império do Oriente e do Ocidente, respectivamente. Com a morte de Constâncio, em 306, Constantino, aos 18 anos e enquanto lutava na Britânia, foi saudado pelas tropas como sucessor de seu pai, mas não teve o mesmo reconhecimento em Roma, após empreender lutas contra Maximiano e seu filho Maxêncio, que reivindicavam o império ocidental.

Nesse período, o cenário religioso que ocupava o Império Romano era uma predominância da crença pagã e a perseguição contra os cristãos, que formavam uma pequena parcela da população. A religião cristã, nascida do judaísmo, chegou a ser considerada uma ameaça aos valores do Império Romano, tendo sofrido perseguições severas, principalmente após Nero colocar a culpa do incêndio de Roma nos cristãos. Esses, para escaparem do massacre, acabaram por se refugiar nas catacumbas de Roma.

A história de conversão religiosa de Constantino foi o marco decisivo e principal para a introdução do Cristianismo na política e na sociedade romana, cujo entranhamento reverberaria pelos tempos em uma verdadeira influência religiosa no Direito Romano, cuja herança carregamos até os dias atuais.

Na véspera da batalha decisiva de Constantino contra Maxêncio, em 28 de outubro de 312, episódio conhecido como a vitória de Ponte Milvio, Constantino teve um sonho no qual lhe apareceu o símbolo da crisma. No entanto, há divergências sobre o relato, já que o principal deles, de Eusébio de Cesareia, em Vida de Constantino, apresenta versões diferentes sobre a visão do imperador ter sido a crisma ou uma cruz. Constantino, então, determinou que o símbolo fosse pintado nos escudos, fazendo uso de um novo estandarte nas batalhas.

Conforme narra Wiliston Wilker:

Foi nesse momento que ocorreu o evento que haveria de mudar o curso da história da igreja e do império. Constantino, como seu pai, havia sido um firme opositor da perseguição aos cristãos. Também como seu pai, todavia, ele se havia associado com o vago monoteísmo solar popularizado pelo imperador Aureliano - um culto inteiramente em consonância com as sensibilidades pagãs. Mas na véspera da

batalha na ponte Múlvia, Constantino teve um sonho no qual viu as letras iniciais do nome de Cristo com as palavras: "Por este símbolo vencerás." Tomando isto como um presságio, ele resolveu confiar sua causa ao deus dos cristãos e teve o monograma Chi-Rho ~instado nos escudos de seus soldados. Na luta seguinte, Maxêncio perdeu a batalha e a vida. Constantino havia conquistado o controle do Ocidente. Quando entrou triunfante em Roma, Constantino lembrou-se daquele a quem devia sua vitória. Os costumeiros tributos de agradecimento aos deuses de Roma foram omitidos. O imperador havia jogado sua sorte com a causa minoritária dos cristãos, e daí em diante ele consideraria o deus cristão como o protetor do império e o patrocinador de sua própria missão de reforma e reconstrução. Roma tinha um continuador da obra de Diocleciano, mas a tarefa de Diocleciano agora deveria ir adiante sob o patrocínio do mesmo deus cujos seguidores ele próprio havia perseguido.¹⁹

Em 313 d.C, Constantino e Licínio proclamam o Edito de Milão, que garantiu a liberdade religiosa universal para pagãos, judeus e cristãos. Licínio, no entanto, cumpria o acordo com má vontade, pois ainda era leal ao paganismo, impondo severas restrições à vida pública das Igrejas. Com essa tensão religiosa que surgiu entre os dois, Constantino resolve invadir os territórios de Licínio em 324, derrotando-o e, assim, tornando-se o único soberano do império e tornando a causa de Roma e de Cristo, uma só.²⁰

Um exame franco, mas judicioso do avanço e estabelecimento do cristianismo pode ser considerado parte deveras essencial da história do Império Romano. Enquanto esse grande organismo era invadido pela violência sem freios ou minado pela lenta decadência, uma religião pura e humilde se foi brandamente insinuando na mente dos homens, crescendo no silêncio e na obscuridade; da oposição, tirou ela novo vigor para finalmente erguer a bandeira triunfante da Cruz por sobre as ruínas do Capitólio.²¹

O caminho que se segue, a partir de então, é de Constantino confiando e delegando cada vez mais poderes à Igreja Católica. Instruiu Anulino, o governador da província da África, a isentar o clero da Igreja Católica das obrigações civis, com o

¹⁹ WALKER, Wiliston. História da Igreja Cristã. Tradução Paulo D. Siepierskij. 3. ed. São Paulo: ASTE, 2006. p. 151.

²⁰ WALKER, Wiliston. História da Igreja Cristã. Tradução Paulo D. Siepierskij. 3. ed. São Paulo: ASTE, 2006. p. 152.

²¹ GIBBON, Edward. Declínio e queda do Império Romano. ed. abreviada. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 235.

objetivo de que ela se dedicasse integralmente ao culto a Deus e, assim, por meio dessa adoração, ele asseguraria o bem-estar dos povos. Tomou como conselheiro eclesiástico o bispo espanhol Hósio de Córdova, e realizou doações a título de caridade para igrejas e construindo basílicas com seus próprios recursos.

Permitiu que fossem levadas causas cíveis para apreciação do tribunal do bispo local, cuja decisão do clero atribuiu força de lei, até que construiu uma nova capital do Império, a qual denominou “Nova Roma”, mas que posteriormente foi chamada de “Constantinopla”, antiga cidade grega de Bizâncio, comparada a santuários cristãos e quase nenhuma dedicação ao culto pagão. Com a Igreja atingindo tamanho prestígio após a conversão de Constantino e com os imperadores que o sucederam, começam a parecer normas de direito canônico, mas com características de direito positivo.

Daí em diante, a Igreja caminhou apenas para seu fortalecimento e estruturação formal dentro das atribuições do Império, em uma verdadeira união entre Igreja e Estado, adquirindo cada vez mais adeptos e força institucional, além de um considerável crescimento em suas propriedades. O Direito, nessa época, foi simplificado, como exemplifica Siqueira:

Foi uma época que o Direito submeteu-se a um processo de simplificação em seus conceitos, deixou de ser considerado uma ciência autônoma e passou a ser ensinado como uma disciplina inserida no estudo da retórica e da gramática.²²

A influência do cristianismo no direito romano se deu, principalmente, nos assuntos relacionados ao concubinato, ao divórcio, à sucessão, à posição da mulher como escrava, além da parte processual, pois a técnica processual romana somente era admitida pelos legisladores cristãos desde que estivessem de acordo com o Evangelho de Jesus Cristo.²³

Havia, portanto, nesse cenário, a necessidade de se retomar o estudo aprofundado e a atenção indispensável e autônoma ao Direito Romano, até mesmo para que todo o saber jurídico até então existente não fosse perdido. Esta missão

²² SIQUEIRA, João Paulo S. de. DIREITO ROMANO: Influências no pensamento jurídico latino-americano. *In*: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 (2013), nº 5, 4381-4395. p. 4387.

²³ CRUZ, José de Ávila. A Influência do Cristianismo no Direito Romano. *In*: Revista de Cultura Teológica – v. 15. n. 59 – abr/jun 2007. p. 132.

coube ao Imperador Justiniano, que ascendeu ao trono imperial em 528 d.C, e elaborou um compilado de todas as leis para, em seguida, apresentar uma codificação conjunta de jurisprudência e doutrinas existentes em todo o Império, formando um único Direito Romano.

A codificação justinianéia tinha que substituir e substituiu todos os antigos livros de direito, tanto na literatura como na legislação. Deste modo, Justiniano esperava tornar o direito uniforme em todo o Império, fazendo desaparecer a massa dispersa de material jurídico, que havia causado tanta confusão.²⁴

Os trabalhos desta codificação se estenderam até o ano de 533 d.C, em que foi apresentada a maior obra de Direito Romano existente até então – o *Corpus Juris Civilis*, denominação atribuída pelo romanista francês Dionísio Godofredo, em 1583.²⁵

Embora tenha havido, formalmente, a divisão entre o direito canônico e o Direito Romano, é certo que este caminhava sempre dentro dos princípios cristãos, podendo ser notada, inclusive, no Digesto de Justiniano, parte de sua obra compilada do Direito Romano:

Dois são os aspectos desse estudo, o público e o privado. Direito Público é o que se refere ao estado da coisa romana, privado, o que está voltado para a utilidade de cad

a indivíduo, pois umas coisas são úteis publicamente e outras privadamente. O Direito Público consiste nas coisas sagradas, nos sacerdotes e nos magistrados. O Direito Privado divide-se em três partes, pois é integrado pelos preceitos naturais, pelos das gentes e pelos dos cidadãos²⁶.

Após mais de catorze séculos, o cristianismo ainda é professado pelas nações da Europa, tendo sido difundido amplamente, em razão do zelo dos europeus, até os mais distantes rincões da África e da Ásia, assim como por meio das colônias

²⁴ CRUZ, Sebastião. *Direito romano (ius romanum). Introdução. Fontes*. 4. ed. Coimbra, 1984. p.453.

²⁵ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91.

²⁶ SIQUEIRA, João Paulo S. de. DIREITO ROMANO: Influências no pensamento jurídico latino-americano. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 5, 4381-4395. p. 4389.

europeias, foi estabelecida por toda América.²⁷ A forte influência católica nas questões de Estado, principalmente no Direito Romano, durou toda a Idade Média e a Moderna, até a Revolução Francesa e, no Brasil, até a República, mas suas reverberações ecoam até a atualidade, principalmente nos assuntos relacionados à família, à sucessão e ao patrimônio.

2.2 A influência da religião e do Direito Romano no modelo familiar

Medardo Nizama Valladolid²⁸ relembra que a família, em seu contexto grego, era reconhecida como uma entidade utilitária para a sociedade. Essas partes deveriam se unir para uma completude, portanto, homem e mulher. Essa completude levaria à geração da prole e, portanto, à continuidade da espécie, como uma conveniência requerida pela natureza, segundo as palavras de Aristóteles.

Em seu sentido etimológico, a palavra “família” se origina do latim *fames*, que significa fome. No entanto, não a fome advinda da necessidade de nutrir-se, mas sim da fome do apetite sexual, inerente a qualquer ser humano. Em outro sentido, sua etimologia pode estar associada ao substantivo *famulus*, que significa servo, em que todos os atores que nela se constituem passam a ser servos do senhoril, reconhecidos na realidade grega como mulher (es), filhos, servos, concubinas (os)²⁹.

No entanto, a compreensão do Direito de Família passou a se aproximar da compreensão da igreja - e mais especificamente do direito romano - a partir do momento de sua expansão e, conseqüentemente, da incorporação de sua autoridade no “Novo Mundo”.

²⁷ GIBBON, Edward. Declínio e queda do Império Romano. ed. abreviada. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 235.

²⁸ VALLADOLID, Medardo Nizama. La Familia en el derecho romano y en el ordenamento normativo actual. Revista Jurídica “Docentia et investigatio”. Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 11. N.2. 25-12, 2009.

²⁹ VALLADOLID, Medardo Nizama. La Familia en el derecho romano y en el ordenamento normativo actual. Revista Jurídica “Docentia et investigatio”. Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 11. N.2. 25-12, 2009.

Para Juan Iglesias³⁰, em seu sentido histórico, embora não esteja claro em nenhum documento, mas sim, no desdobramento histórico e social, o Estado e o Direito Romano não são nada mais do que uma projeção do ordenamento familiar e gentilício que se construíra naquele período sob a influência direta da Igreja Católica Apostólica Romana, preconizando a família como sendo constituída a partir do matrimônio, em que todos os indivíduos estariam sujeitos ao mesmo *pater*, ou seja, chefe. Ulpiano também conceituou a família como uma unidade formada por várias pessoas que, por suas respectivas naturezas, se encontram unidas sob um patriarca.³¹ Essa conceituação demonstra de forma clara o posicionamento do Direito Romano num modelo patriarcal.

Por outro lado, vale ressaltar que essa ideia procurava se emancipar como modelo ideal de sociedade e civilidade e, portanto, sempre consideradas instituições que poderiam produzir uma sociedade exemplar. Tanto o Direito Romano quanto o Direito Canônico buscaram em suas influências, o modelo considerado mais apropriado. Nesse sentido, Iglesias³² ressalta a influência dos camponeses preindogermânicos, especialmente nas seguintes construções: vinculação com a terra; com os antepassados, na rigidez das associações familiares, e na proteção do chefe para com a família.

Ulpiano foi um jurista romano que se preocupou muito em refletir, conceituar e compreender a amplitude da instituição familiar. De acordo com Fernandez Baquero³³, essa inclinação de Ulpiano proporcionou subsídios para diversos impasses que se deram no campo jurídico posteriormente, inclusive para resolver casos complexos da mudança dos diversos modelos familiares e, conseqüentemente, problemas que foram identificados com as mudanças sociais e econômicas. É mister salientar que tal importância de Ulpiano ocorre especialmente da realidade complexa e dos desafios

³⁰ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Historia e Instituciones. 18ª Edição. 1ª versão 1958. Ed. Sello Editorial. Barcelona. 2010.

³¹ Conceito esse também identificado no I Tomo do Direito Romano e sustentado pelo jurista Ulpiano. In: ULPIANO. Comentario al Edicto. Libro XLVI. D.50.16.195.2. Cfr Euzebio Diaz. Instituciones de Derecho Romano. Tomo I. p.291.

³² IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Historia e Instituciones. 18ª Edição. 1ª versão 1958. Ed. Sello Editorial. Barcelona. 2010.

³³ BAQUERO, Maria Eva Fernandez. Definición Jurídica de la familia em el derecho romano. Revista de Derecho UNED. n. 10. 2012.

ainda maiores em tentar conceituar tanto a família quanto o matrimônio, e faz com que diversos doutrinadores, e até mesmo organizações, afastem-se desse desafio.

O Direito Romano irá regular, também, as relações familiares, desde o matrimônio até a herança, ao idealizar um conjunto de regras para reconhecimento de tal composição e, até mesmo, de sua extinção. Essas regulamentações proporcionaram a criação das *paterfamilias*, as quais detinham poderes absolutos, tanto da ordem política quanto da jurídica e da religiosa. Essas famílias eram detentoras de poderes que se perfaziam por reinos, e muitas vezes causavam disputas e guerras³⁴.

Iglesias³⁵ esclarece que, nas *paterfamilias*, os vínculos não se dão necessariamente pelo sangue, mas sim pelo reconhecimento do chefe como autoridade do núcleo. Porém, nesse caso, a extensão seria por meio da *gens*, laços construídos com bases na razão política, que reconheceriam o *pater gentis* comum entre as autoridades, sendo dessa agregação o nascimento de Roma.

Posteriormente, em sua organização social, política e legal, o Direito Romano irá inclinar-se a estabelecer regras e normas para reconhecimento da instituição familiar, dispensando uma atenção direta e especial à composição do Direito de Família, que surgirá como protagonista do Direito Privado³⁶.

A primeira discussão está alicerçada na compreensão do status familiar, que garantia o reconhecimento do indivíduo como cidadão romano, ou não, o que daria o direito legal ao reconhecimento e tratamento como tal, especialmente no caso de julgamentos. Uma história de conhecimento geral que pode nos trazer a compreensão e a importância desse reconhecimento é a história de Paulo, exposta do livro de Atos 21-27, quando, preso em Jerusalém e acusado pelos Judeus, que requeriam sua morte, apela pelo direito como cidadão romano para ser julgado apenas por Roma. A

³⁴ VALLADOLID, Medardo Nizama. La Familia en el derecho romano y en el ordenamento normativo actual. Revista Jurídica "Docentia et investigatio". Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 11. N.2. 25-12, 2009.

³⁵ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Historia e Instituciones. 18ª Edição. 1ª versão 1958. Ed. Sello Editorial. Barcelona. 2010.

³⁶ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Historia e Instituciones. 18ª Edição. 1ª versão 1958. Ed. Sello Editorial. Barcelona. 2010.

proteção legal de Paulo, por ser cidadão romano, é tão representativa que Jerusalém decide por deportá-lo a Roma e ser julgado pelo próprio Imperador.

Em se tratando do significado da família no direito romano, pode-se constatar que assumiu diferentes acepções, por vezes tomando o sentido de *gens*, ou seja, o conjunto de famílias submetidas a um antepassado comum outras vezes assumindo o sentido estrito de família como sendo o pai e seus familiares subordinados, a mulher e os filhos; também outras vezes considerada a partir das pessoas que estão sob o poder daquele senhor, como a mulher, os filhos e os escravos; e outras vezes significada a partir do conjunto dos bens patrimoniais.³⁷

No texto de Ulpiano, D. 50,16,195, 2, encontra-se uma exposição ampla do significado da família a partir da análise das pessoas que a integram e, em outro momento, em D. 50,16,195,1, ele cunha o significado jurídico de família também sob o prisma das “coisas”. Maria Baquero explica:

*Siempre tenemos que tener presente que ambos significados se nos presentan como elementos propios de la familia ya que, sin “personas”, no existe familia; pero igualmente sin “cosas”, la familia no podría sobrevivir de forma autónoma.*³⁸

Essa significação do sentido da família do Direito Romano é de suma importância, tendo em vista que a família romana era causa determinante da capacidade civil, o que não só era fundamento dos direitos civis como, também, fonte de direitos políticos. Não havia como conceber a ideia de cidadania apartada da ideia de família, pois ambas caminhavam de mão dadas, ao passo em que todo cidadão tinha uma situação jurídica familiar fortemente estabelecida, seja como chefe, seja como subordinado.

Como exposto anteriormente, a família interferia diretamente no *status* político do indivíduo. O Direito e a vida como um todo vão sendo pautados e conduzidos a partir da própria organização familiar e social primitiva, cujos fins eram por essa

³⁷ VALLADOLID, Medardo Nizama. La Familia en el derecho romano y en el ordenamiento normativo actual. Revista Jurídica “Docentia et investigatio”. Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 11. N.2. 25-12, 2009.

³⁸ FERNANDEZ BAQUERO, Maria Eva. Definición Jurídica de la familia em el derecho romano. Revista de Derecho UNED. n. 10. 2012.

instituições estabelecidos. Essa concretização ocorria, em última análise, na perpetuação da família, sendo que todas as instituições e todos os direitos, principalmente as matérias de direito privado, eram pautados por fins primordialmente familiares, como o casamento e a filiação, a propriedade e a sucessão, a proteção da legítima.

Complementando tal premissa, pode-se verificar, portanto, que a família, como uma instituição jurídica, não foi imutável, tendo passado por importantes mudanças no decorrer dos séculos, em razão das transformações sociais, políticas e culturais da própria sociedade e da civilização romana, sendo que tais mudanças traziam consigo sempre o conteúdo jurídico e substancial do que era a ideia principal da família, o que possibilitou ao direito, portanto, trazer soluções jurídicas às mudanças protagonizadas pela instituição familiar.

É exatamente nesse contexto de significação romana da família que nasce a ideia da família patriarcal que, embora já superada atualmente, moldou, pautou e direcionou ordenamentos jurídicos da Europa, assim como o ordenamento brasileiro, no que diz respeito ao tratamento e à proteção jurídica da instituição familiar. Pimentel Pereira descreve a estruturação da família romana a partir da superação da utilização apenas dos costumes para um regramento jurídico direcionado:

Sob a *auctoritas* do *pater familias*, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o *pater* exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o *pater* julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (*jus vitae et necis*), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o *pater* os membros da família à religião que elegia.³⁹

Em suma, portanto, a família romana, após sua estruturação por meio de um tratamento jurídico específico, era formada pela junção de pessoas e coisas que estavam submetidas à autoridade e ao poder de um chefe, o *paterfamilias*, que os exercia sobre todos os aspectos de vida de seus subordinados, seja para fins

³⁹ PEREIRA, Aurea Pimentel. *A nova Constituição e o Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

econômicos, políticos ou religiosos. Além disso, o casamento passou a ser a base da família, pois era a partir dele que havia família.⁴⁰

É possível notar, inclusive, que até poucos anos atrás, o divórcio não era reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando a ainda presente herança do direito canônico no direito romano e, conseqüentemente, no nosso direito, que repousa nesse leito. Gibbon descreve bem como o casamento era tratado pela Igreja Católica Romana, e como o divórcio era estigmatizado:

Era unânime entre eles a opinião de que um primeiro casamento bastava para atender a todas as necessidades da natureza e da sociedade. A ligação carnal se refinava num símile da união mística de Cristo com sua Igreja, sendo declarada indissolúvel quer pelo divórcio que pela morte. A prática de segundas núpcias era estigmatizada com o labéu de adultério legal e as pessoas inculpadas de tão escandalosa ofensa contra a pureza cristã logo se viam excluídas das honras, e mesmo dos braços, da Igreja.⁴¹

O tardio reconhecimento do divórcio no ordenamento jurídico se deu, inegavelmente, por essas influências, até mesmo porque esse estigma ainda permanece no seio religioso da Igreja Católica, que segue não reconhecendo o divórcio e punindo moralmente aqueles que o praticam.

A partir das revoluções Francesa e Industrial Inglesa, surge um novo conceito de família burguesa, a qual se pode atribuir a sua forma de constituição à sociedade moderna, advinda dos referidos marcos, que se seguiu até final do século XIX. Com esse marco temporal do início da sociedade moderna, a família burguesa tem como base o chamado modelo de família nuclear, com um forte sistema patriarcal e papéis muito bem definidos dos sujeitos que compõem o núcleo familiar.

Além desse novo conceito familiar coincidir com uma mudança das famílias, até então tradicionalmente rurais, para famílias urbanas, acompanhado de uma evolução da própria ciência médica, há uma guinada ainda mais importante que iria reverberar até os dias atuais – uma mudança de paradigmas quanto aos princípios

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991, p. 57.

⁴¹ GIBBON, Edward. Declínio e queda do Império Romano. ed. abreviada. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 259-260.

norteadores da família com o início do que podemos compreender como uma maior presença da afetividade.

Ainda que de forma tímida, percebida em gestos de maior afeto dos pais para com a prole, ou casamentos que começavam a ser organizados não somente pelos interesses patrimoniais, mas também afetivos, podemos perceber a influência da era do romantismo, com relações pautadas muito mais na busca do amor, do que por interesses econômicos.

Apesar dessa guinada fática, o individualismo liberal não modificou o afastamento da desigualdade de direitos entre a mulher e o homem, sendo certo que a subordinação da mulher para com o marido, advinda do casamento, ainda persistia de forma material e legalmente regulamentada. Inclusive nesse período, há um grande fortalecimento da ideia do patriarca com a legitimidade do exercício máximo do ainda denominado pátrio poder daquela época.

Em síntese, a família burguesa, apesar de ter garantido um avanço no conceito de família, com maior presença estatal e institucionalização, ainda permanecia vigada no modelo patriarcal herdado das conceituações histórico-romanas.

No Brasil, apesar de não se ter uma exatidão temporal do início da família burguesa, fruto da sociedade moderna, a doutrina segue na sua vinculação ao modelo econômico do Brasil Colônia, que se apropriou, significativamente, dos ideais burgueses. Há, portanto, uma tentativa de se equiparar a família brasileira aos modelos existentes nos países europeus modernos, como França, Inglaterra e Portugal. A família, então, possuía pequenos traços de afetividade, porém ainda amparada em seu modelo de matrimônio e patriarcal.

A mudança efetiva e drástica da ideia e dos princípios norteadores da família veio, por certo, do que podemos denominar como família contemporânea, notadamente com o início do período designado como pós-modernidade, datado do fim dos anos 1980 até o que conhecemos atualmente.

Foi desse escopo histórico, então, que nasceu e se seguiram a ideia e o conceito de família na maioria dos países ocidentais, como Espanha e Brasil. Embora possamos encontrar diversos mecanismos de proteção à família, por certo que tanto

a lei quanto a doutrina não a tratam conceitualmente, direcionando a sua significação, nas maiorias vezes, a outro conceito, como matrimônio ou união estável, por exemplo.

Na Europa, Fernández Baquero⁴² cita como exemplo a Carta de Direitos Humanos da União Europeia do ano 2000, que rege que todo indivíduo tem o direito de contrair um matrimônio e formar uma família, de acordo com as leis nacionais em exercício (art. 9 da carta). No entanto, ao direcionar as leis nacionais em exercício, abstém-se, ainda, da responsabilidade de se aprofundar sobre o esclarecimento conceitual do matrimônio e da família.

Na Espanha, tanto a Constituição, quanto o Código Civil também não se preocuparam com tal definição. Para Fernández Baquero, na ideologia dos doutrinadores, influenciados tanto pelo Direito Romano quanto pelo Direito Canônico, tal preocupação não deveria prevalecer, já que seu sentido seria óbvio. Talvez, até mesmo embasados pela ideia de que Ulpiano já tivesse conseguido abarcar todas as possíveis discussões na compreensão da instituição familiar por meio do matrimônio e do modelo patriarcal. No entanto, mesmo com a lacuna conceitual, o Direito Espanhol ainda possui diversos mecanismos e interesses na proteção legal da família.⁴³

O Jurista francês René David, ao tentar conceituar a família num panorama mundial dos sistemas de Direito, apontou: a família romano-germânica, a família *common law*, a família dos direitos socialistas, os direitos muçulmanos, hindus, judaicos do Extremo Oriente, da África negra e de Madagascar. Destaca, então, a globalização como outro fator de contaminação a esses sistemas.⁴⁴

A definição do termo “família”, note-se, não é tarefa simples, pois qualquer tentativa peremptória de conceituá-la dogmaticamente poderia acarretar vício de lógica, em razão de sua visão significativamente abrangente. O mais correto é, portanto, entendê-la a partir dos institutos e elementos essenciais para sua

⁴² FERNANDEZ BAQUERO, Maria Eva. Definición Jurídica de la familia em el derecho romano. Revista de Derecho UNED. n. 10. 2012.

⁴³ FERNANDEZ BAQUERO, Maria Eva. Definición Jurídica de la familia em el derecho romano. Revista de Derecho UNED. n. 10. 2012.

⁴⁴ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad.de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

caracterização. Adiante-se que se encontra em constante modificação, pois deve acompanhar as próprias estruturas e modificações sociais dos vínculos afetivos.

No Brasil, percebemos a mesma dificuldade com relação à Espanha em encontrar uma definição fechada, como aponta o civilista Silvio de Salvo Venosa:

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para a sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. (...) Nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos do direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família (...). Como regra geral, porém, O Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco (...).⁴⁵

Apesar dessas dificuldades, não é objetivo do trabalho conduzir as discussões e as polêmicas que envolvem a natureza jurídica da família, mas sim trazer uma ideia do modelo interpretativo contemporâneo, o qual coloca em vista as diversas formas de relacionamentos humanos e relações de afeto, que não podem ser supridas por um conceito esgotado e hermético de direito de família, a fim de interligar as modificações dos ideais familiares e da sua própria ao longo do tempo, com institutos jurídicos surgidos e regulados a partir de uma noção ultrapassada, e a qual não se adequa mais à realidade da sociedade atual, aí sim sendo o que se pretende demonstrar.

Em vista disso, o estudo analisará, em tópicos específicos, a noção contemporânea de família, com as diversas formas de constituição familiar, podendo revestir-se em diversas fisionomias, como família matrimonial, monoparental, homoafetiva, mosaico, união estável, dentre tantas outras que se verá.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Família, Vol. 5. p. 17.

2.3 A evolução da família e os avanços da CF/88

A construção do conceito de família com raízes no direito canônico e posterior Direito Romano reverberou por muitos anos em todos os contextos eurocêntricos, incluindo as colônias, como no caso do Brasil, sendo que, até a Constituição de 1988 trazia, em seu escopo aspectos como a separação entre filhos considerados legítimos, ou seja, provindos do casamento legal; dos filhos considerados ilegítimos, do direito de herança apenas à esposa legítima, da punição pelo adultério, dentre outros valores que tinham sido traçados desde o Império Romano com forte influência do direito canônico.

O antigo Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, ainda sob essa forte influência. Sua visão discriminatória e restrita seguia reconhecendo apenas aquela constituída a partir do matrimônio e não se permitia sua dissolução. Trazia distinções de tratamento entre os membros, principalmente entre o homem e a mulher, além de excluir direitos e garantias de vínculos extramatrimoniais e de filhos concebidos fora do casamento, tratados com o termo pejorativo de “ilegítimos”, isso sob o pretexto de preservação e proteção da família matrimonial.

Sobre a epistemologia do casamento, primeira forma de constituição familiar reconhecida, pontua Friedrich Engels:

Foi a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas econômicas, e concretamente no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente. Os gregos proclamavam abertamente que os únicos objetivos da monogamia eram a preponderância do homem na família e a procriação de filhos que só pudessem ser seus para herdar dele. Quanto ao mais, o casamento era para eles uma carga, um dever para com os deuses, o Estado e seus antepassados, dever que estavam obrigados a cumprir.⁴⁶

Foi apenas no ano de 1962 que o Estatuto da Mulher Casada concedeu uma certa forma de alforria à mulher, que antes era praticamente objetificada como posse de seu marido. Porém, a aprovação do divórcio se deu apenas em 1977, ou seja, quinze anos depois, por meio da Lei no 6.515, acabando com a institucionalização

⁴⁶ ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 4ª ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 70.

sacralizada da família. Cabe ainda salientar que essa luta de séculos foi fomentada especialmente pelos religiosos fundamentalistas, que travaram uma intensa oposição contra esse direito, sob a argumentação do dever do Estado de proteger a Instituição familiar⁴⁷. Embora pareça uma realidade distante, essas correntes religiosas, e conseqüentemente os operadores da lei dela simpatizantes, sustentam algumas discussões importantes até os dias atuais, em uma clara tentativa de retornar a influência religiosa nas questões estatais.

Luciane Faraco⁴⁸ relembra, ainda, que a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, sofreu influência direta de movimentos internacionais voltados à defesa dos direitos humanos, especialmente o movimento iniciado em 1959 com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que reconhecia tanto a criança quanto o adolescente como membro da entidade familiar com interesses próprios e, portanto, com direitos a serem tutelados.

Na CF de 1988, observou-se, então, o reconhecimento do indivíduo como destinatário principal de todo ordenamento jurídico, direcionando-lhe toda proteção legal e hermenêutica. Como reflexo do reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Constitucional (art. 1º, inc. III da Constituição Federal) o Direito de Família também foi beneficiado, especialmente por meio de seu Código Civil, sendo adotados, inclusive, novos princípios que passaram a ser considerados fontes do Direito de Família, como veremos no decorrer desse estudo, e posteriores leis de proteção específicas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei no 10.741 de 1º de outubro de 2003), o Direito à União Estável e os direitos do companheiro à alimentação e à sucessão (Lei no 9.278 de 1996; Lei no 8.971 de 1994), dentre outras.

O Direito de Família sofreu uma verdadeira revolução após a promulgação da Constituição Federal de 1988, culminando em uma alteração radical de conceitos, como a função social da família, a responsabilidade parental e o núcleo familiar. A

⁴⁷ FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito da família. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – no 32, 2014

⁴⁸ FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito da família. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – no 32, 2014

Constituição Federal de 1988 extirpou, em um único dispositivo, séculos de preconceito e hipocrisia.⁴⁹

Dentre as mais significativas alterações, podemos destacar a igualdade absoluta entre o homem e a mulher, instaurando tratamento amplo e igualitário entre todos os membros do núcleo familiar; a consagração da igualdade de direitos e de qualificações entre os filhos, independentemente de serem havidos do casamento, fora dele ou por adoção; reconhecendo a família plural, com outras formas de constituição familiar, como a monoparental e a união estável, em rol indiscutivelmente exemplificativo, com possibilidades de existências de outras formas.

Essas modificações acabaram por derrogar vários dispositivos da legislação infraconstitucional em vigor, principalmente do então vigente Código Civil, sendo que esse perdeu o papel de lei fundamental do Direito de Família.⁵⁰

Em 2002, entra em vigor o atual Código Civil, a atualização do maior instituto jurídico regulatório do direito privado. Embora tenha procurado atualizar aspectos e conceitos do direito de família, pecou por não ir adiante, perdendo a oportunidade de “operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional”.⁵¹

É certo que, em razão da complexidade das transformações e das modificações socioculturais verificadas na realidade brasileira - de novos arranjos familiares - surgiu a necessidade de uma proteção jurídica que as acompanhasse, já que a Lei até então existente não conseguia. Surgiu, então, a ideia de se construir um projeto de lei que pudesse abarcar todos esses direitos da nova realidade social. O Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM - construiu o Projeto de Lei n. 2.285/2007, nomeado de “Estatuto das Famílias”, remodelando o Direito de Família

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

com o objetivo de solucionar os conflitos e as demandas advindos dos novos arranjos e núcleos familiares.

Posteriormente, o mesmo instituto promoveu outra revisão da parte do Direito de Família do Código Civil e apresentou novo projeto de lei do “Estatuto das Famílias”, identificado no Senado Federal como Projeto Lei do Senado (PLS) n. 470/2013 que conta com a autoria da Senadora Lídice da Matta. O projeto ainda se encontra em tramitação, tendo recebido parecer favorável do Senador João Capiberibe.

Todo esse avanço jurídico verificado no decorrer dos anos demonstra a iminente necessidade de o direito olhar para as relações até então colocadas sob o manto da invisibilidade legislativa, muitas vezes pela herança de interferência de valores religiosos na sua construção, que deixou, por muitos anos, relações jurídicas e os conflitos derivados dessas relações excluídos do manto da lei. Muito se deve à nossa Constituição Federal, que cuidou de proteger das diversas formas de entidades familiares presentes na sociedade, além de dispor com seus princípios máximos - especialmente o da dignidade da pessoa humana - a possibilidade de a Lei infraconstitucional abraçar essas relações, uma vez que deverão ser interpretadas à luz da hermenêutica constitucional.

2.4 Os princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Apesar das críticas doutrinárias ao Código Civil por não dar um passo adiante na evolução jurídica, é certo que, atualmente, não há como negar que as normas que regulam o Direito de Família no Direito Civil não possam mais ser interpretadas de forma alheia aos preceitos e normas fundamentais da Constituição Federal. Essa interpretação constitucional - dada aos regramentos infraconstitucionais do direito privado - ganhou força na doutrina e na jurisprudência, em uma corrente de reconhecimento da “eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais, a horizontalização das normas que protegem as pessoas, que devem ser aplicadas nas relações entre particulares, dirigidas que são, também, aos entes privados.”⁵²

⁵² TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 5-6.

A constitucionalização do direito privado, nesse sentido, aniquilou antigos conceitos e princípios do Direito de Família, inaugurando outros muito mais condizentes com as reais necessidades e anseios da sociedade, interpretando o Direito Civil à luz da Constituição Federal, que trouxe valores capazes de concretizar a dignidade e a realização da pessoa humana, especialmente no núcleo familiar, em que tal realização encontra sua maior atuação.

Dessa forma, é indispensável a análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, tendo em vista serem esses a moldura na qual se dará toda a interpretação das normas civis, seja das relativas ao direito de família, seja das relativas a qualquer outro ramo do Direito Civil, sendo por meio dessa hermenêutica jurídica constitucional que pode o direito privado avançar na proteção de direitos dos membros da família, especialmente para evitar qualquer retrocesso no que diz respeito à interferência de valores religiosos na proteção jurídica familiar.

Os princípios constitucionais são imprescindíveis e indispensáveis para a aproximação da busca pela justiça e possuem uma aplicação e uma eficácia imediatas, compondo toda a base axiológica para a interpretação e a aplicação das normas, como também possuem, eles próprios, força normativa imediata e vinculante.

2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Não há como negar que dignidade e autonomia são os pilares que sustentam um Estado Democrático de Direito. Foram conquistas históricas e seu reconhecimento não se deu sem grandes lutas e batalhas, de forma que a efetividade plena desses pilares ainda é uma busca corrente e incessante.

Ao falarmos do princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário trazeremos a concepção de Kant, para quem a humanidade é um fim em si mesmo e não um meio para se alcançar um fim, e sua proteção se trata de um imperativo categórico, pois ela reside, antes de tudo, na própria razão, independentemente de quaisquer normas, sejam elas jurídicas, religiosas ou consuetudinárias:

aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim, e este, se é dado pela só razão, tem de ser

válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da ação, cujo efeito é um fim, chama-se meio.⁵³

Apesar da prescindibilidade de normatização da proteção à dignidade da pessoa humana, é certo que ela foi incorporada na maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Jürgen Habermas entende que essa positivação da forma jurídica é necessária para compensar deficiências morais, pois algumas ações precisam, além dos juízos corretos da moral, da obrigatoriedade e do poder de coação do direito para terem plena eficácia.⁵⁴

No Brasil, o princípio está estampado no enunciado do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Esse princípio, pelo valor que ostenta, atua como aquilo “que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*”⁵⁵, pois será ele o norteador de todos os demais princípios, inclusive o da autonomia e o da liberdade.

Ingo Wolfgang Sarlet explica essa submissão de todos os demais preceitos, constitucionais ou infraconstitucionais, à proteção da dignidade da pessoa humana como sendo “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas.”⁵⁶

Willis Santiago Guerra Filho, por sua vez, reforça a posição desse princípio diante dos princípios constitucionais:

Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, que seriam a “densificação” (Canotilho) ou “concretização” (embora em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado “princípio da proporcionalidade”, até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos

⁵³ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995. p. 64.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 153-154.

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 7.

⁵⁶ SARTLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as “colisões” entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente, alguns direitos fundamentais em conflito, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial.⁵⁷

Além da característica norteadora do princípio da dignidade humana na hermenêutica jurídica, ele representa tanto um limite à atuação do Estado quanto um direcionamento para a ação positiva deste. A atuação estatal não deve apenas se abster de praticar atos contrários à dignidade humana, como também deve atuar para promover condutas que visem à observância e à proteção desse princípio, a fim de garantir, a cada ser humano, o mínimo existencial, ou seja, uma vida digna.

Na Espanha, o livre desenvolvimento da pessoa humana está, também, positivado no artigo 10 da Constituição Espanhola⁵⁸ que, da mesma forma, se preocupa em proteger o que a doutrina considera o melhor legado da modernidade⁵⁹.

Por óbvio que esse princípio encontra uma de suas maiores atuações quando nos pronunciamos sobre família, principalmente sob a perspectiva de que todas as formas de constituição familiar devem ser protegidas e respeitadas, independentemente se formadas por parentesco consanguíneo, civil, afetivo ou por outra forma, e devemos olhar para seus desdobramentos, inclusive nas repercussões em direito de sucessão, a fim do direito proteger todas as relações jurídicas. O que se pretende é analisar como o direito sucessório se encontra desatualizado e descompassado com a realidade social contemporânea, e fazer essa análise sob o manto do respeito à dignidade da pessoa humana é tarefa fundamental.

⁵⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 62-63.

⁵⁸ Constitución Española. Artículo 10.1. “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁵⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 65.

2.4.2 Princípio da liberdade

Do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana podemos retirar dois elementos essenciais, que o constituinte estabeleceu como fundamentos do Estado Democrático de Direito, incluídos no rol de direitos fundamentais: a liberdade e a igualdade.

O Direito possui a atribuição de organizar, coordenar e limitar as liberdades a fim de garantir a liberdade individual. Maria Berenice Dias expõe que a ideia parece paradoxal, mas é preciso compreender que “só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade.”⁶⁰ Sem o pressuposto da igualdade, não haverá liberdade, mas sim sujeição e dominação.

Na lição de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, complementando o pensamento acima, a proclamação das liberdades impede que se tornem meramente formais, possibilitando sua guarnição e seu estímulo, além do Estado atuar na solução dos conflitos advindos de pretensões conflitantes no exercício da liberdade:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.⁶¹

Ao instaurar o regime democrático, a Constituição Federal brasileira se preocupou em banir qualquer tipo de discriminação, dispondo em seu artigo 5º *caput*, a garantia expressa do direito fundamental à liberdade.

A Constituição Espanhola, em seu artigo 9.2, cuidou de determinar a busca pela efetividade da liberdade e da igualdade das pessoas e dos grupos que a integram, com a seguinte redação: “*Corresponde a los poderes públicos promover las*

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 66.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 389.

*condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*⁶²

E, tendo a igualdade e a liberdade papéis inafastáveis no âmbito familiar, após o desligamento da família de suas raízes tradicionais, principalmente da interferência religiosa, a qual ocupou grande espaço por muito tempo, como vimos anteriormente, cada vez fica mais evidente que o Estado não pode mais se interessar em regular questões existenciais que firam ou restrinjam a liberdade e a vida privada das pessoas, principalmente da forma de constituição ou de organização da vida em família.

O Código Civil brasileiro ao estabelecer, em seu artigo 1.513, a proibição de qualquer pessoa, de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família, consagrou o princípio da liberdade no âmbito familiar, além de consagrar outro princípio que a doutrina denomina de Princípio da Não Intervenção. Desse modo, o artigo 1.565, §2º do Código Civil veda qualquer coerção de instituições privadas ou públicas no direito de livre planejamento familiar.

Da mesma forma, da noção de liberdade, podemos extrair o princípio da autonomia privada, que Daniel Sarmiento conceitua como sendo “o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses”,⁶³ tendo a autonomia privada fundamento constitucional no próprio princípio de liberdade, garantia fundamental atribuída ao ser humano em vista de sua dignidade.

O princípio da autonomia privada, derivado da liberdade, tem papel fundamental no objetivo do presente trabalho, a fim de buscar equilibrar a proteção aos princípios constitucionais que regem o direito das famílias com aqueles que poderiam ou deveriam reger o direito sucessório, mormente no que fiz respeito a uma autonomia privada de disposição patrimonial para efeitos *mortis causa*, de forma que

⁶² Constitución Española. Artículo 9.2.

⁶³ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 188.

será mais bem aprofundado no capítulo destinado à análise da sucessão e da legítima no ordenamento jurídico.

É importante ressaltar, no entanto, que a liberdade é garantida nas questões existenciais, mas não é absoluta. Como explicado por Flávio Tartuce, na interpretação dos artigos acima descritos, “o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família”, mas pode o Estado intervir quando houver afronta a outros direitos fundamentais e princípios igualmente garantidos, especialmente na proteção e defesa de direitos de grupos vulneráveis, sendo a interpretação da liberdade sempre ponderada quando em conflito com outro ou outros princípios, a título de exemplo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que será abordado, também, em tópico próprio.

Nesse ponto é importante estabelecer a correlação entre o objetivo pretendido com a presente tese. A proposta de revisitação do instituto da legítima para adequação e atualização das normas, de forma a condizer mais com a realidade social e familiar atual, não pretende bani-la, mas sim verificar possibilidades de alteração para uma maior liberdade e autonomia privada, porém sempre mantendo como base a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, deve haver um equilíbrio pacífico entre os demais princípios constitucionais aplicáveis à matéria, buscando responder ao questionamento da possibilidade de se flexibilizar a legítima ao mesmo tempo em que a mantemos, talvez em outros percentuais, sempre que houver a necessidade de se garantir e proteger direitos de vulneráveis que se sobreponham à absoluta autonomia.

2.4.3 Princípio da igualdade

A igualdade, como outro elemento essencial do conceito da dignidade da pessoa humana, encontra sua salvaguarda constitucional - tanto no preâmbulo quanto no início do *caput* do artigo 5º - ao reafirmar que “todos são iguais perante a lei”. Pelo texto da Constituição Federal brasileira é assegurado tratamento e proteção igualitários a todos, vinculado a uma ideia de justiça.

A busca pela igualdade deve ser analisada sob duas perspectivas: a igualdade formal e a igualdade material, como explica Maria Berenice Dias:

Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades.⁶⁴

A mesma autora ainda expõe a existência de uma terceira igualdade, denominada igualdade como reconhecimento, “que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.”⁶⁵

No âmbito das famílias, a Constituição foi ainda mais precisa e enfática, retirando de sua gênese a subordinação das relações no seio familiar, a prevalência e o caráter autoritário do homem. Preconizou, em seu artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, além de reafirmar, no artigo 226, §5, a igualdade de direitos e deveres de ambos na sociedade conjugal, medida necessária diante de anos de desigualdades e injustiças históricas, principalmente entre homens e mulheres.

Essa igualdade, no entanto, não pode ignorar as diferenças naturais existentes entre os sexos, de forma que devem ser consideradas inerentes ao princípio da igualdade. Não se trata de atribuir um modelo único de gênero, como o masculino, sob risco de eliminar as características femininas. A forma de implementar a igualdade de gênero é conceder à mulher o tratamento diferenciado de que os homens sempre desfrutaram.⁶⁶

O objetivo foi, como ainda é, banir qualquer resquício do antigo modelo patriarcal pautado em relações familiares desiguais entre seus membros, em uma

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 68.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 68.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 68.

ordenação hierárquica de sujeitos e uma relação de subordinação entre eles, conforme explica Madaleno:

Contudo, ainda que a evolução do moderno Direito acenasse caminhar para a igualdade das pessoas, a organização social e jurídica da família ainda conserva rasgos do antigo modelo patriarcal¹⁸ e uma estrutura das relações familiares que, longe de ser uma coordenação entre sujeitos iguais, é de indisfarçável subordinação entre sujeitos hierarquicamente ordenados. Trata-se, a seu turno, da estarrecedora advertência feita por Sérgio Gischkow Pereira quando evoca os deploráveis dados sociológicos das estatísticas nacionais denunciando que: “A maior parte das mulheres brasileiras ainda vive em estado de subordinação aos maridos e não apresenta condições mínimas de conhecimento e de flexibilização negocial e segue sendo confinada no seu serviço doméstico, sendo agredida moral e fisicamente por seus maridos.”⁶⁷

Esse princípio entre o homem e a mulher se estende desde a igualdade de direitos e deveres de cada cônjuge, direção da sociedade conjugal em uma colaboração mútua, até os direitos e deveres recíprocos quanto ao exercício da parentalidade, com relação à pessoa e aos bens dos filhos, sem prevalência de vontade de nenhum deles.

Esta igualdade se estende, também, até os vínculos de filiação, quando a lei garante igualdade entre todos os filhos, independentemente de serem havidos ou não da relação matrimonial, como dispõe o artigo 226, §6º, da Constituição Federal.

Apesar das garantias constitucionais e infraconstitucionais reguladas pelo Código Civil, é certo que há, ainda, muito caminho a ser percorrido social e culturalmente. Ainda presenciamos inúmeros casos de violência contra a mulher, diferenças salariais, cuidados domésticos e com os filhos que ainda são, na maioria das vezes, atribuídos quase que exclusivamente à mulher, dentre tantos casos que escancaram a desigualdade silenciosa, porém ainda existente.

A discriminação pode se dar de diversas formas, e a principal manifestação do princípio da igualdade consiste na regra de proibição geral à discriminação, uma vez

⁶⁷ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 98.

que toda e qualquer atitude discriminatória não será aceita tanto pela sociedade quanto pelo ordenamento jurídico.

É nesse sentido que deve o direito, sempre em vista à real igualdade, dar visibilidade e garantir direitos e proteção às situações sociais existentes, mas ainda ignoradas pela lei. É em razão do silêncio dos legisladores em atualizar a legislação em conformidade com as modificações e os anseios sociais que verificamos uma atuação cada dia maior do judiciário que, na necessidade social de se atribuir direitos a todas as relações que são merecedoras de tutela, as reconhecem, apesar de serem ignoradas pela lei.

2.4.4 Princípio da solidariedade familiar e reciprocidade

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “solidariedade é o que cada um deve ao outro. Reciprocidade é o que o outro deve ao um. Ou seja, são princípios intercambiáveis.”⁶⁸ Constitucionalmente, esse princípio é encontrado no preâmbulo da Constituição Federal ao assegurar uma sociedade fraterna, conduzindo a existência da pessoa à sua coexistência. Tem correlação indissociável com a fraternidade.

A solidariedade familiar na norma civilista pode ser extraída do texto do artigo 1.511 do Código Civil, ao afirmar que o casamento importa na “comunhão plena de vida”. Se não houver comunhão plena de vida, perde-se completamente a *ratio* inspiradora não só do matrimônio como de qualquer outra forma de constituição familiar, pois é ela o princípio de toda relação afetiva que só se sustenta e se desenvolve em um ambiente de compreensão e cooperação recíprocas.

A lei se aproveita do comprometimento afetivo que existe no âmbito das relações familiares para gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar. Assim, safa-se o Estado do encargo de prover a enorme gama de direitos que são assegurados constitucionalmente a todos. Com relação a crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CR 227). Impor aos pais o dever

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 70.

de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CR 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CR 230).⁶⁹

Podemos perceber a solidariedade entre os cônjuges, em mútua assistência, no inciso III do artigo 1.566 do Código Civil, sendo um dever a assistência imaterial em uma comunhão espiritual que deve existir tanto nos momentos serenos e felizes, como naqueles mais tormentosos da vida cotidiana.⁷⁰

Importante ressaltar que as normas que traduzem o princípio da solidariedade, embora remetam à constituição familiar na forma de matrimônio, são indubitavelmente aplicáveis a todas as entidades familiares, independentemente de como são constituídas, em uma interpretação expansiva e análoga, até mesmo para assegurar a igualdade de tratamento das formas de constituição familiar, conforme visto.

Por fim, é importante deixar registrada a existência de solidariedade recíproca no âmbito familiar no que diz respeito à prestação de obrigação alimentar, de forma que os integrantes do núcleo familiar são reciprocamente devedores e credores de alimentos. Em se tratando de crianças e adolescentes, esse dever solidário pode ser traduzido pela prestação de alimentos em forma de uma assistência material, mas também em um amparo espiritual, quando a Constituição Federal, em seu artigo 227, atribui a proteção deste grupo primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, garantindo amplo manto protetivo às crianças e adolescentes, conforme se verá a seguir.

2.4.5 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O artigo 227 da Constituição Federal acima citado determina que “é dever da família, da sociedade, e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 70.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 141.

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” A redação deste artigo foi dada pela Emenda Constitucional 65/2010, a fim de incluir, também, o jovem.

Esse mandamento constitucional de ampla proteção é regulado pela Lei 8.069/1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual considera como criança aqueles entre zero e 12 anos e como adolescentes aqueles entre 12 e 18 anos. Aos jovens foi assegurado regramento específico com o Estatuto da Juventude, Lei 12.825/2013, que reconhece como jovens as pessoas entre 15 e 29 anos de idade.

Como afirma Rolf Madaleno, embora esses direitos garantidos às crianças e adolescentes sejam direitos fundamentais de todas as pessoas humanas, o legislador conferiu prioridade aos direitos desse grupo ao ressaltá-los em primeira linha de interesse por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de desenvolvimento de sua personalidade e crescimento.⁷¹

Na visão de Maria Rita de Holanda, “trata-se de garantir uma condição para o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social, e em condições de liberdade e dignidade”.⁷²

É em razão desse princípio que o §6º, do artigo 227, da Constituição Federal, cuidou de extirpar e vedar qualquer qualificação ou designação discriminatória relativa à origem de filiação, como até então era comum ao se referir a “filhos legítimos”, “filhos ilegítimos”, “bastardos”, “adotivos”, dentre outras designações pejorativas e discriminatórias. Com essa vedação, vigora o que sempre deveria ter vigorado, e a igualdade de denominação relativa à origem de filiação é uma só, e nas palavras de Maria Berenice Dias, “filho é simplesmente filho”.⁷³

Nota-se que são pessoas com maior fragilidade e vulnerabilidade e, portanto, merecem proteção especial, tanto da família quanto da sociedade e do Estado, de

⁷¹ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 147.

⁷² HOLANDA, Maria Rita de. Parentalidade: entre a realidade social e o Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 106.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 71.

forma que seria inaceitável que, em questões envolvendo crianças e adolescentes, o legislador ou o julgador não levasse em consideração a prevalência de seus interesses sobre os interesses dos adultos.

2.4.6 Princípio da proteção do idoso e da pessoa com deficiência

Seguindo na mesma esteira de proteção a grupo vulneráveis, não podemos deixar de citar a proteção garantida aos idosos e às pessoas com deficiência.

A disposição constitucional de integral e especial proteção ao idoso é encontrada no texto do artigo 230⁷⁴ e seus parágrafos, e o regramento infraconstitucional que regula seus direitos e prerrogativas é o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, e não são normas de caráter programático, mas garantias fundamentais de aplicação imediata.

Já a Lei 13.146/2015 regula o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual objetiva a garantia de igualdade de tratamento e oportunidades em vista ao princípio da igualdade e da inclusão desse grupo de forma ilimitada e universal, como explica Rolf Madaleno:

Tem o Estatuto da Pessoa com Deficiência o propósito de garantir o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento, assim como o exercício real e efetivo de direitos por parte das pessoas com deficiência em igualdade de condições com relação aos demais cidadãos e cidadãs, por meio da promoção da autonomia privada, da acessibilidade universal, do acesso ao trabalho, da inclusão comunitária, da vida independente e erradicação de toda a forma de discriminação.

Para os efeitos da Lei, considera-se pessoa com deficiência⁷⁵ todos que têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual e sensorial que,

⁷⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

⁷⁵ Lei 13.146/2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Art. 2º, *caput*.

interagindo com uma ou mais barreiras, possam obstruir sua participação de forma efetiva e em igualdade de condições com as demais pessoas na sociedade.

No entanto, o progresso na compreensão da deficiência e sua formulação teórica não ocorre em um vácuo intelectual separado da realidade, restrito apenas ao âmbito das ideias. É claro que essa compreensão está intrinsecamente ligada e impulsionada pelos eventos sociopolíticos, culturais e econômicos que acontecem em cada momento histórico.

No contexto das pessoas com deficiência, nos Estados Unidos surgiu o Movimento de Vida Independente, e em outros países também surgiram grupos com características similares. Esses movimentos são iniciados e impulsionados pelas próprias pessoas com deficiência e seus familiares, que rejeitam a ideia de viver em instituições isoladas e serem submetidos a programas de reabilitação nos quais não têm controle sobre suas vidas. Esses indivíduos expressam sentir-se "oprimidos" e reivindicam seus direitos, buscando assumir o controle de suas próprias vidas.

Nessa perspectiva de políticas emancipatórias, as noções de pessoa e sujeito ganham relevância, enquanto os direitos humanos surgem como argumentos necessários e oportunos para retirar as pessoas com deficiência de limitações e inseri-las na sociedade como agentes sociais. Desse modo, o problema da deficiência não reside no indivíduo em si, mas sim na sociedade que o cerca, no contexto que o acolhe ou rejeita.

Uma das primeiras tentativas de aproximar a deficiência dos princípios dos direitos humanos ocorreu na Inglaterra durante a década de 1970, quando um grupo de ativistas com deficiência denunciou sua marginalização e reivindicou o reconhecimento de seus direitos civis como cidadãos em condição de igualdade social. A partir disso, foram propostos os Princípios Fundamentais da Deficiência. Posteriormente, Mike Oliver apresentou esse conjunto de ideias sob o nome de modelo social de la discapacidad, que abrangeu diversas dimensões.

Esse modelo enfatizou as barreiras econômicas, ambientais e culturais presentes no contexto, como a inacessibilidade aos sistemas educacionais, de comunicação e informação, locais de trabalho, transporte, moradia, edifícios públicos, além dos serviços de saúde e apoio social não públicos. Ele aponta para a

desvalorização das pessoas rotuladas e sua representação negativa na mídia, destacando que as pessoas com deficiência se encontram em desvantagem devido à recusa da sociedade em acomodar as necessidades individuais e coletivas no contexto geral da vida econômica e cultural.

Considera, assim, que as causas da deficiência não são religiosas nem científicas, mas, em grande medida, sociais. Em sendo um problema social, implica dizer, também que a) que o problema deve ser compreendido em um contexto social, cultural, histórico e geográfico; b) que a deficiência ou dano da pessoa afetada implique apenas uma parte da situação de deficiência; c) que a resolução do problema implica uma reabilitação adequada e uma sociedade acessível; d) que uma sociedade é acessível quando derruba barreiras de todo tipo; e) que as barreiras culturais constituem a base onde se formulam as tangíveis e as físicas.⁷⁶

Uma sociedade se torna acessível quando adota a tolerância e o respeito à diversidade, reconhecendo-a como algo positivo. Isso é essencial para a construção de uma democracia verdadeira. Em suma, a questão da deficiência nos leva a uma análise mais profunda sobre o tipo de democracia que pretendemos estabelecer. Diante desse desafio, o direito, especialmente o direito internacional dos direitos humanos, desempenha um papel crucial. Ele deve ser ativo e se tornar um agente de mudança, capaz de promover atitudes tolerantes e inclusivas.

Importante ressaltar, nesse sentido, que a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada em Nova Iorque em 2007⁷⁷, foi fundamental no reconhecimento do modelo social da deficiência, na nova abordagem e terminologia.

⁷⁶ MALDONADO, Jorge A. Victoria. El modelo de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. In: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008#notas. Acesso em 16 de abril de 2023.

⁷⁷ “No entendimento da ONU, deficiência é um conceito em evolução, resultado da interação entre a deficiência de uma pessoa e os obstáculos que impedem sua participação na sociedade. Quanto mais obstáculos, como barreiras físicas e condutas atitudinais impeditivas de sua integração, mais deficiente é uma pessoa. Não importa se a deficiência é física, mental, sensorial, múltipla ou resultante da vulnerabilidade etária. Mede-se a deficiência pelo grau da impossibilidade de interagir com o meio da forma mais autônoma possível.” FERREIRA, Vandir da Silva; OLIVEIRA, Lília Novais de. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em https://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/41/docs/comentarios_a_convencao_sobre_os_direitos_das_pessoas_com_deficiencia.pdf. Acesso em 24 de out. de 2023.

2.5 A lógica da família afetiva contemporânea

Embora a afetividade seja atualmente tratada na jurisprudência quando do estudo dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito das famílias, como fazem Flávio Tartuce⁷⁸, Paulo Lôbo⁷⁹, Maria Berenice Dias⁸⁰, Rolf Madaleno⁸¹ e Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁸², em razão da importância e do espaço que ocupa na matéria, achamos mais apropriado dedicar um tópico específico para o estudo do afeto e suas peculiaridades no âmbito familiar.

E, pela mesma razão, dividimos o tópico da afetividade com a análise da pluralidade de entidades familiares e formas de constituição familiar - que também é, por muitos, analisada sob a ótica principiológica - por entendermos que a atual realidade social das pluripossibilidades de constituição de uma família se dá, em grande parte, pela importância do afeto nas relações familiares, por muitas vezes em prevalência existencial sobre outras relações, a exemplo da biológica.

Neste sentido, passamos à análise do afeto e das relações de afeto na visão principiológica e, como amparo fático, para o estudo da realidade social plural de famílias com a vedação à discriminação de qualquer forma de constituição ou entidade familiar.

2.5.1 Princípio da afetividade e as relações de afeto

O afeto, atualmente, é apontado pela melhor doutrina especializada, como o fundamento principal das relações familiares. O Direito das Famílias contemporâneo é pautado inteiramente na afetividade e em qual tratamento essas relações afetivas têm no campo jurídico.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 25-30.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 74-77.

⁸¹ MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 145-146.

⁸² STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1748-1754

Embora a afetividade não conste, expressamente, no texto da Constituição Federal, bem como já ter havido polêmica e divergência quanto ao seu alcance jurídico, é certo afirmar que não há mais como negar que o afeto é um direito fundamental que deriva da própria observância e busca pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, e foi, por esta razão, elevado a princípio fundamental do Direito das Famílias. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Pouco importa que em nenhum momento a Constituição cite as palavras afeto ou afetividade. Tal fato nem de longe afasta o caráter constitucional do princípio da afetividade. Eles são a essência de vários outros princípios constitucionais explícitos, sobretudo o maior deles, qual seja, a dignidade da pessoa humana, princípios estes umbilicalmente ligados.⁸³

Para a autora, basta nos atentarmos ao imenso rol de direitos individuais e sociais que buscam garantir a dignidade humana para encontrarmos os fundamentos da consagração da afetividade como princípio, sendo esse derivado de vários outros como, por exemplo, a solidariedade e a igualdade entre os filhos, independentemente da origem.

O princípio da afetividade consagra a congruência inafastável que existe entre as ciências psicossociais e o direito, em uma verdadeira interdisciplinaridade e complementariedade de estudos, principalmente no direito das famílias, que é o núcleo principal em que a pessoa busca sua felicidade. O novo modelo de família eudemonista, inaugurado a partir da constitucionalização do direito, garante o devido espaço ao afeto, em busca da realização individual de seus membros. A juspsicanalista Giselle Câmara Goreninga expõe qual o papel da subjetividade e da afetividade no direito familiar:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 74-75.

considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.⁸⁴

Essa busca por realização - a tão almejada busca pela felicidade - também é uma atribuição do Estado - que deve zelar e contribuir para sua concretização. Nesse sentido, entende-se que a obrigação estatal não reside apenas num viés negativo, de não interferência, mas também positivo, de forma a criar mecanismos, por meio de políticas públicas, que contribua para o alcance da felicidade e da realização pessoal de todos os indivíduos.

Nessa perspectiva, é imprescindível trazermos à tona o revolucionário acórdão do Supremo Tribunal Federal que, em repercussão geral, analisou a prevalência de paternidade biológica ou de paternidade socioafetiva, reconhecendo a ambas, concomitantemente, sob o viés da pluriparentalidade.⁸⁵

Flávio Tartuce relembra, oportunamente, que a valorização do princípio da afetividade remonta ao trabalho escrito por João Baptista Villela, ainda em 1979, quando trata da “desbiologização da paternidade”, e afirma que o vínculo de afeto, mais do que o vínculo biológico, é o que constitui o vínculo familiar.⁸⁶ Nas palavras de João Baptista Villela:

A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade.⁸⁷

⁸⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito civil. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka., Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7. p. 28.

⁸⁵ STJ. RE 898.060/SC, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. v. 5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 27.

⁸⁷ VILELLA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio

Essa atribuição de valor jurídico ao afeto instalou uma nova ordem no campo do Direito de Família, pois foi possível, a partir daí, o reconhecimento de um modelo plural de constituição familiar. O modelo que vigorou, por muito tempo, único, reconhecendo como família apenas aquela advinda da união matrimonial, herança da interferência do Direito Canônico e do berço do Direito Romano em que nosso ordenamento jurídico repousa, como vimos, não correspondia, há muito, à realidade e aos anseios sociais. Em vista à realização plena de vida, a qual possibilita a verdadeira felicidade, é que temos, hoje, um modelo pautado no pluralismo e no reconhecimento de todas as formas de constituição familiar que se apresentem.

2.5.2 Pluralismo familiar e não discriminação: a realidade social e as pluripossibilidades

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro prestava reconhecimento e proteção apenas à família matrimonial, ou seja, àquela decorrente do casamento, deixando à margem da proteção jurídica todas as demais formas de constituição familiar que, embora existentes, foram condenadas por muito tempo à invisibilidade.

Pela redação do artigo 226 do texto constitucional, é possível extrair outras duas formas de entidade familiar expressamente reconhecidas: a união estável entre homem e mulher, regulamentada infraconstitucionalmente pelo Código Civil, e a família monoparental, que a lei conceitua como sendo aquela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Apesar do Texto Maior ter ampliado o leque de reconhecimento para além do casamento, é imperioso verificar que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem se tratar de um rol meramente exemplificativo, ampliando o conceito de família para outras situações que não se enquadram no rol expresso da Constituição.

Tem-se, portanto, uma nova ordem jurídica constitucional pautada no pluralismo familiar, ou seja, pautada em uma interpretação ampla, fora de molduras rígidas que restrinjam o conceito de família, abraçando todo e qualquer modelo de entidade familiar. Por essa razão, Maria Berenice Dias, assim como outros doutrinadores, preferem o termo “Direito das Famílias” ao estudar a matéria, em vez de “Direito de Família”. Nas palavras da autora:

O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.⁸⁸

A doutrina especializada apresenta novas formas de entidades familiares, sem excluir outras que porventura possam surgir ou se manifestar na sociedade. Não há possibilidade de retrocesso social para se restringir o conceito de família ou as formas de manifestações familiares.

A fim de exemplificação, podemos extrair do estudo doutrinário, além das entidades expressamente reconhecidas pela Constituição, as seguintes formações ou constituições familiares:

- a) FAMÍLIA PARENTAL, ANAPARENTAL OU COPARENTAL: Convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito.⁸⁹ Ex.: convivência durante muitos anos, sob o mesmo teto, de duas irmãs que contribuem para a formação do patrimônio. A Coparentalidade pode ser explicada da seguinte forma: “Essa nova expressão designa a família parental cujos pais se encontram apenas para ter filhos, de forma planejada e responsável, para criá-los em sistema de cooperação mútua, sem relacionamento conjugal ou sexual entre os

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 41.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

pais.”⁹⁰ É a paternidade compartilhada, despida de qualquer vínculo de natureza sexual ou conjugal entre os genitores da criança.

- b) **FAMÍLIA COMPOSTA, PLURIPARENTAL OU MOSAICO:** Pluralidade de relações parentais, avindas do divórcio, com a constituição de novo casamento (ou união). É a organização reconstruída por casais em que um ou ambos estão vindo de uniões ou casamentos anteriores, trazendo os filhos desses relacionamentos e, por vezes, concebendo filhos em comum, o que remete à velha expressão “os meus, os teus, os nossos”.
- c) **FAMÍLIA NATURAL, EXTENSA OU AMPLIADA:** Família natural tem seu conceito trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente⁹¹, no *caput* do artigo 25: “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”. Já a família extensa ou ampliada é definida no parágrafo único, no mesmo artigo: “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.
- d) **FAMÍLIA SUBSTITUTA:** Não há definição expressa em Lei, mas a tendência é de definir como aquelas famílias que estão cadastradas à adoção, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Tem caráter excepcional, já que a preferência do Estatuto⁹² é pela reinserção da criança ou do adolescente na família biológica (natural ou extensa).
- e) **FAMÍLIA EUDEMONISTA:** Família identificada pelo seu envolvimento afetivo, com emancipação de seus membros para a busca da felicidade individual. Desloca a proteção jurídica familiar da instituição para o indivíduo

⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Famílias ectogenéticas e o contrato de geração de filhos**. In: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-19/processo-familiar-familias-ectogeneticas-contrato-geracao-filhos>. Acesso em 14/05/2019.

⁹¹ Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

⁹² Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Art. 19, §3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

inserido no núcleo, conforme se extrai do §8º, do art. 226, da CF: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” Luiz Edson Fachin descreve que “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.⁹³

- f) **FAMÍLIA PARALELA OU SIMULTÂNEA:** Existência simultânea de entidade familiar constituída pelo casamento e outra constituída por união estável, ou pluralidade simultânea de duas ou mais uniões estáveis. Aqui é importante consignar que, embora esse modelo de entidade familiar exista de fato, a jurisprudência ainda não a reconhece juridicamente, o que tem sido motivo de grandes debates e críticas no meio acadêmico.
- g) **FAMÍLIA POLIAFETIVA:** entidade familiar composta por mais de 2 pessoas, todas morando sob o mesmo teto e com características de conjugalidade. É diferente da família simultânea ou paralela, pois aqui todos os envolvidos têm pleno conhecimento da relação em poliafeto e estão todas de acordo. Inclusive, já houve elaboração de escritura pública de união poliafetiva pela Tabelião da cidade de Tapuã, interior de SP, em 2012 e em 2015, e foi noticiada, também, a elaboração de escritura pública similar, pelo 15º Ofício de Notas do RJ, envolvendo três mulheres em união poliafetiva. Apesar da existência fática, também, dessa entidade, em junho de 2018 o CNJ decidiu, por maioria, pela vedação de elaboração de escrituras públicas de uniões poliafetivas⁹⁴.
- h) **FAMÍLIA HOMOAFETIVA:** composta pela união de pessoas do mesmo gênero. Embora ainda exista uma pequena parte de doutrinadores que fazem uma interpretação literal do §3º, do artigo 226, da Constituição Federal, é certo que há o reconhecimento jurídico pleno dessa constituição

⁹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do Direito de Família:** Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 10.

⁹⁴ Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.8.00.0000, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

de entidade familiar, mormente após o julgamento da ADIN 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, decisão que concluiu, por unanimidade, pela aplicação análoga de todas as regras da união estável à união homoafetiva, com efeito *erga omnes* e vinculante.

Exatamente diante dos exemplos acima de modelos de entidade familiares é que o entendimento segue no sentido de amplificação do conceito de família e, da mesma forma, no sentido de vedar qualquer discriminação ou restrição a suas formas de constituição, como muito bem apontado por Ivy Helene Lima Pagliusi, na defesa de sua tese de doutorado sobre coparentalidade:

Considerando que a ordem constitucional admite a pluralidade de entidades familiares e que não há que se falar em hierarquia entre cada uma delas, forçoso concluir que todas, sem exclusão, são merecedoras de reconhecimento e proteção estatal de igual maneira.⁹⁵

Ao passo em que as características marcantes da família brasileira atual são a complexidade e a pluralidade, surgem, em decorrência, disso repercussões imprevisíveis e ainda mais complexas que o direito necessita solucionar.

As reverberações do pluralismo familiar, das relações familiares baseadas principalmente no afeto, a busca pela felicidade e pela realização pessoal, ecoam em outros ramos do direito indissociáveis da família, a exemplo do direito sucessório e sua disposição normativa, principalmente o instituto da legítima, que não evolui da mesma forma que o direito familiar, e se mostra incondizente com muitas das relações jurídicas familiares exemplificadas. É latente a necessidade de se revisitar o tratamento legal da legítima, buscando adequá-lo à nova realidade social.

⁹⁵ PAGLIUSI, Ivy Helene Lima. COPARENTALIDADE: NOVA FORMA DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR? Aspectos práticos e desafios. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, em regime de Cotutela de Tese e Dupla Titulação com a Universidade de Salamanca (USAL), sob orientação dos Professores: Dr. Lauro Ishikawa (FADISP-Brasil) e Dra. María Esther Torreles Torrea (USAL-Espanha). 2022. p. 42.

3 O DIREITO CONSTITUCIONAL À HERANÇA NA PERSPECTIVA DA LEGÍTIMA

A Constituição Federal brasileira de 1988 cuidou de garantir expressamente em seu artigo 5º, inciso XXX o direito à herança, e não há disposição correspondente nas constituições anteriores. Apesar da garantia fundamental ao direito de herança, a norma constitucional não especifica ou define quem seja herdeiro, e deixa tal atribuição à legislação infraconstitucional, o que significa dizer que, embora o direito a herança esteja consagrado em nosso Texto Maior, o mesmo não ocorre com o instituto da legítima, que está disciplinado, apenas, no Código Civil.

Embora essa inserção do direito de herança no rol de direitos fundamentais represente uma inovação com relação às constituições anteriores, é certo que o assunto ainda necessita de estudos específicos para compreender seus alcances e as suas repercussões, principalmente no que diz respeito à hermenêutica constitucional do direito civil.⁹⁶

O presente capítulo tem por objetivo analisar as nuances da sucessão legítima, sob a perspectiva da quota hereditária indisponível à vontade do testador, reservada por lei a pessoas predefinidas, a fim de compreender o instituto da legítima desde sua historicidade até o seu tratamento atual, além de estabelecer análises das formas de tratamento em outros ordenamentos jurídicos.

3.1 A sucessão no direito romano

Para iniciar este tópico, é importante considerar que o sistema romano possuía um sistema jurídico muito bem estruturado e desenvolvido. A Sucessão no Direito Romano tem suas origens na antiguidade. O Código de Justiniano, que é o principal código do Direito Romano, regulava as sucessões no Império Romano a partir do ano

⁹⁶ GOMES, Renata Raupp. Entre a Fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2019. 214 p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. p.

534 d.C. Dentro de seus mecanismos, estava a sucessão, que tratava da transmissão de bens e direitos de uma pessoa para outra, em decorrência de sua morte.

A sucessão no Direito Romano era dividida em sucessão testamentária e sucessão legítima. Na sucessão testamentária, a pessoa, antes de falecer, poderia escolher a quem seus bens seriam destinados, sendo que os herdeiros eram os chamados “herdeiros instituídos”. Na sucessão legítima, os herdeiros eram os chamados “herdeiros necessários”, que eram determinados conforme a lei.⁹⁷

De acordo com o jurista romano, Paulo⁹⁸, “na maior parte das vezes a lei estabelece os herdeiros necessários, ou seja, aqueles que, segundo a lei, são obrigados a receber a herança”.

Esses herdeiros eram determinados segundo algumas regras, como o parentesco entre o falecido e o herdeiro, o sexo do herdeiro, entre outras. Por exemplo, na sucessão legítima, os filhos legítimos do falecido eram os herdeiros necessários, mas caso não existissem, a herança seria repartida entre os parentes mais próximos do falecido, segundo a ordem de sucessão estabelecida. Além disso, o Direito Romano permitia que o falecido, por meio de seu testamento, nomeasse herdeiros seus bens, ou mesmo excluísse alguém que, por lei, teria direito à herança⁹⁹.

Portanto, observa-se que a sucessão era considerada um elemento importante para a preservação da família, pois seria a transmissão de bens de um indivíduo para outro, de acordo com o seu direito de sucessão. Nesse sentido, o direito romano estabeleceu que o direito de sucessão seria baseado em três princípios fundamentais: o princípio da liberdade de testamento, o princípio da universalidade da herança e o princípio da igualdade entre os herdeiros¹⁰⁰.

⁹⁷ REBELATO, Daniela Rocegalli. **Breves apontamentos sobre o direito sucessório à luz do direito romano e suas similaridades com o direito brasileiro**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 09, pp. 72-86. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-romano>

⁹⁸ Paulo, D. (2006). Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, p.28

⁹⁹ PIANETTA, Pedro Lafont. Derecho de Sucesiones. 9. ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2013, Tomo II.

¹⁰⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2014.

Desta feita, o princípio da liberdade de testamento permitia que o falecido estabelecesse seus desejos em relação à herança, ou seja, quem ele queria beneficiar com a sua herança e quem não queria beneficiar. O princípio da universalidade da herança permitia que os herdeiros herdassem todos os bens do falecido. Por fim, o princípio da igualdade entre os herdeiros permitia que os bens fossem divididos igualmente entre os herdeiros¹⁰¹.

Apesar desses três princípios, o direito romano também reconhecia as exigências da sucessão natural. Isso significava que, se o falecido não tivesse feito um testamento, a sucessão seria realizada de acordo com o direito de herança natural, ou seja, os bens seriam distribuídos entre os herdeiros de acordo com a lei.

Por fim, alude-se mais uma vez que, uma coisa que chama atenção é que a vontade dos antepassados deveria ser respeitada, pois ela se tornaria a vontade dos mortos. Dessa forma, a sucessão no Direito Romano era baseada no sistema patrimonial, onde os herdeiros deviam seguir as regras de sucessão previstas na lei, sendo que a primeira etapa era a partilha dos bens de acordo com os interesses da família. O último herdeiro a herdar os bens seria o herdeiro universal, que tinha a responsabilidade de homologar a partilha dos bens. Portanto, é possível afirmar que a Sucessão no Direito Romano foi um grande avanço para a época, pois trouxe ao Direito uma forma de respeitar a vontade dos antepassados, permitindo que a família perdurasse por gerações¹⁰².

3.1.1 Reconhecimento formal da sucessão legítima: A lei das 12 tábuas

O reconhecimento formal da sucessão legítima, ou também chamada *ab intestato*, ocorreu com a lei romana das 12 tábuas que até hoje se mantém como um dos principais marcos da história jurídica mundial. De acordo com Arias e Arias, foi considerada em termos históricos como a primeira codificação de um sistema de leis

¹⁰¹ REBELATO, Daniela Rocegalli. Breves apontamentos sobre o direito sucessório à luz do direito romano e suas similaridades com o direito brasileiro. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 09, pp. 72-86. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-romano>

¹⁰² KASER, Max. Direito Privado Romano. Trad. [da edição alemã de 1992] Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

sobre o território da República Romana e é considerada o marco inicial da história do Direito em Roma.¹⁰³

Segundo o historiador romano Tito Lívio, foi promulgada por volta do ano 451 a.C. e, por mais de cinco séculos, serviu como a principal fonte de direito civil no Império Romano.¹⁰⁴

Esta lei foi a primeira codificação de leis escritas que influenciou o direito mundial. De acordo com o historiador romano Tácito, o objetivo desta lei era "garantir a proteção dos direitos dos cidadãos, regulando a vida civil e criminal"¹⁰⁵.

A Lei das 12 Tábuas foi estabelecida como uma forma de proteger os direitos das pessoas e estabelecer um sistema de justiça equitativo. Ela definia os direitos e deveres dos cidadãos, incluindo a propriedade privada, a proteção da família e o direito ao julgamento justo¹⁰⁶.

De acordo com a Lei das Doze Tábuas, a legítima era outorgada aos herdeiros para que pudessem receber a herança de seus pais quando estes falecessem. A partilha desta herança era realizada de forma igualitária entre os herdeiros, sejam eles filhos, irmãos, sobrinhos ou outros parentes próximos, a limitação do poder dos patrícios, o estabelecimento de direitos e deveres individuais, o reconhecimento da propriedade privada, a criação de um sistema de distribuição igualitária de heranças e a punição para todos que violassem o ordenamento jurídico¹⁰⁷.

Observa-se que a lei foi decisiva para o desenvolvimento do direito romano e contribuiu para a consolidação da democracia na Roma Antiga¹⁰⁸. O reconhecimento

¹⁰³ ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. Derecho Público Romano e Historia de las Fuentes. 13 ed. Valladolid: Editorial Sever-Cuesta, 1977.

¹⁰⁴ TITO LÍVIO. Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine). Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864

¹⁰⁵ TÁCITO, C. (2000). Histórias. São Paulo: Ática

¹⁰⁶ PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Introdução ao Direito Romano: constituição, categorização e concreção do Direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

¹⁰⁷ MARTINS, I. (2019). História do direito romano. São Paulo: Editora Contexto.

¹⁰⁸ A lei estabeleceu a responsabilidade civil e penal, o direito de propriedade, o direito de herança, a proibição de tortura, a proibição do assassinato e da escravidão, além de estabelecer uma forma de punição para crimes. A lei foi escrita em língua latina e escrita em placas de bronze, que foram ao mesmo tempo afixadas e publicadas em locais públicos para que todos os cidadãos pudessem lê-las. Esta lei, ainda, estabeleceu direitos fundamentais como o direito à propriedade, à liberdade, ao processo judicial e ao princípio da igualdade perante a lei. Também estabeleceu regras para a herança, a sucessão de heranças e os direitos e obrigações dos cônjuges. Além disso, estabeleceu normas para

formal da sucessão *ab intestato* foi um marco histórico na formação do direito ocidental e ainda é referência para diversos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente pois nos permite identificar, já naquela época, a proteção do patrimônio para efeitos sucessórios direcionada aos parentes consanguíneos e mais próximos do *de cuius*, o que se ainda se mantém em muitos países ocidentais.

3.1.2 Reconhecimento material da legítima: A *lex falcidia*

O reconhecimento material da legítima é uma relevante questão que abrange os direitos de herança de cada indivíduo, sendo atualmente regulada por diversos ordenamentos jurídicos.

No direito romano, a *lex falcidia* é a lei que prevê a possibilidade de os herdeiros restringirem a legítima, desde que seja feito de forma proporcional e "justa" para todos os interessados¹⁰⁹. Foi um princípio jurídico estabelecido no direito romano com o intuito de assegurar a preservação dos direitos dos herdeiros ao patrimônio do falecido. Segundo Tito Lívio este princípio foi desenvolvido pelo cônsul romano Cneu Publio Clódio Pulcro, cerca de 60 a.C, através da promulgação da *Lex Falcidia*.¹¹⁰

Essa lei ainda ressalta que os herdeiros não podiam receber mais do que um terço do patrimônio do falecido. Além disso, esse terço não podia ser abatido das dívidas do falecido. Dessa forma, assegurava-se que, em caso de falecimento, o herdeiro recebesse pelo menos uma parte do patrimônio, independente do montante das dívidas do falecido.

Assim, é possível afirmar que essa lei é extremamente importante para o reconhecimento material da legítima, uma vez que regula os direitos de herança de cada indivíduo. No entanto, a *Lex Falcidia* não foi imune a críticas. Segundo alguns

a execução de obrigações e para a responsabilidade de danos. MARTINS, S. (2010). História do direito. São Paulo: Saraiva, p.56

¹⁰⁹ PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. Introdução ao Direito Romano: constituição, categorização e concreção do Direito em Roma. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

¹¹⁰ TITO LÍVIO. Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine). Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864

estudiosos, ao invés de proteger os herdeiros, ela acabava protegendo os credores, já que as dívidas do falecido não eram abatidas do terço destinado aos herdeiros¹¹¹.

Além disso, a *Lex Falcidia* prevê o direito dos herdeiros de pedir a limitação da legítima, permitindo que eles sejam os beneficiários de sua herança sem serem prejudicados. Por isso, ela é reconhecida como uma lei extremamente importante para garantir a segurança dos direitos de herança.

Portanto, observa-se que a *Lex Falcidia* foi fundamentada no princípio da proporcionalidade, segundo o qual os herdeiros devem dividir a herança de forma justa e equilibrada. Dessa forma, foi possível garantir que cada herdeiro recebesse o que lhes era devido, sem que haja prejuízo para outros herdeiros. Portanto, ela foi uma lei fundamental para o reconhecimento material da legítima no direito romano, pois estabelece as regras necessárias para garantir que os herdeiros recebam seus direitos de herança de forma equilibrada e justa¹¹².

3.2 O tratamento da legítima no direito estrangeiro

Uma vez observada a legítima no direito romano, tem-se o intuito observá-la nos demais direitos que incorreram, e ainda incorrem na influência, e até mesmo confluência com o direito brasileiro. Desta feita, buscar-se-á no direito espanhol, português e italiano, compreender os cenários e âmbitos que envolvem a legítima.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

¹¹² REBELATO, Daniela Rocegalli. Breves apontamentos sobre o direito sucessório à luz do direito romano e suas similaridades com o direito brasileiro. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 09, pp. 72-86. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-romano>

3.2.1 Direito espanhol

A Constituição da Espanha, assim como a brasileira, não contempla disposição ou proteção especificamente sobre o instituto da legítima, somente reconhecendo somente o direito à herança, na redação de seu artigo 33.¹¹³

Ángel Lopes, ao discorrer sobre a garantia constitucional da herança no ordenamento jurídico espanhol, a garantia da herança é formulada conjuntamente e de forma unitária com a da propriedade. Segundo o autor, essa conjunção e unidade também se destacam no segundo parágrafo da disposição constitucional supracitada, que diz: "a função social desses direitos determinará seu conteúdo, de acordo com as leis."¹¹⁴

Referido autor propõe, inclusive, uma reconsideração da fundamentação e da estrutura de alguns dos institutos de Direito Sucessório tradicional, a partir de uma leitura obrigatória das normas civis à luz dos mandamentos da Constituição espanhola de 1978, e explica que essa releitura do Direito das Sucessões à luz das disposições constitucionais parece ser uma tarefa obrigatória, por razões óbvias de congruência e alinhamento de todo o sistema normativo, que deve estar impregnado pelos valores da ordem política delineados por essas disposições.¹¹⁵

Nesse sentido, o autor não acredita que seja possível sustentar, ou agir como se sustentasse, a atitude, cada vez mais erodida, de uma certa civilística para a qual a ordem civil e a ordem política são mundos unidos por laços tão tênues que permitem o tratamento das instituições atribuídas a um ou a outro com separação absoluta ou quase absoluta:

Se algo o estudo das instituições fundamentais do Direito Civil demonstra é a sua intrínseca politização, na medida em que moldam a sociedade de maneira estreita e com um impacto significativo ao longo do tempo: a prova disso é que as mutações (verdadeiras, não

¹¹³ Constituição espanhola. (2020). Artículo 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Disponível em: http://www.congreso.es/consti/constitucion_es.pdf

¹¹⁴ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994.

¹¹⁵ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994.

acidentais) na estrutura política têm que lidar com o Direito Privado, e especialmente com aquele que é, por excelência, o Direito Civil, sem que isso signifique a perda do seu legado histórico de forma radical.¹¹⁶

Assim como no Brasil, pode-se dizer que o artigo 33.1 da Constituição Espanhola garante a herança como instituição, o que significa que sua contemplação não é vista a partir da perspectiva das faculdades individuais dos falecidos, mas do conjunto complexo de normas ordinárias que tratam do direito à sucessão por ocasião da morte de uma pessoa. Como tal garantia institucional é dirigida principalmente ao legislador, que pode regular o Direito das Sucessões contido nas normas civis de acordo com os princípios essenciais do ordenamento e as estruturas constitucionais fundamentais, isso significa que ele deve extrair da regulamentação da herança quais determinações são essenciais e quais, pelo contrário, são detalhes técnicos e jurídicos e, portanto, não essenciais.¹¹⁷

Angel Lopes ainda pontua que a decisão sobre quais regras fundamentais do Direito das Sucessões moderno desfrutam de garantia constitucional deve ser tomada usando, por um lado, um contexto valorativo estrito da instituição sucessória e, por outro, em referência à garantia constitucional de outras instituições do Direito Privado, que essencialmente são a propriedade privada e a família. De acordo com essas medidas de ordem valorativa e de acordo com os vínculos funcionais das garantias de propriedade e família com a garantia de herança, serão moldadas as estruturas jurídicas de sucessão que não podem ser determinadas pelo legislador comum. Esses vínculos valorativos podem ser agrupados da seguinte forma: por um lado, a garantia de duração e uso da propriedade, que traz consigo um poder correspondente de disposição mortis causa e a liberdade correspondente de testar; e, por outro lado, a

¹¹⁶ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994. "Si algo demuestra el estudio de las instituciones fundamentales del Derecho Civil es su intrínseca politicidad, en cuanto conformadoras de la sociedad de manera estrecha y con largo alcance en el tiempo: la prueba de ello es que las (verdaderas, no accidentales) mutaciones de la estructura política tienen que acabar haciendo sus cuentas con el Derecho Privado, y muy especialmente con el que lo es por excelencia, el Derecho Civil, sin que ello signifique la pérdida de su legado histórico en términos radicales." Tradução livre.

¹¹⁷ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994.

conexão familiar do patrimônio, que implica um direito correspondente à herança dos parentes mais próximos.¹¹⁸

É nessa última colocação do autor que podemos extrair um dos principais argumentos utilizados para fundamentar a manutenção da legítima, já visto anteriormente: a solidariedade familiar.

O Código Civil espanhol conceitua a legítima em seu artigo 806 como “*la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*.”¹¹⁹

Segundo Pollyana Zanetti:

No que tange aos herdeiros forçosos, de acordo com o artigo 807 do Código Civil são: a) os filhos e descendentes; b) os pais e ascendentes; c) o viúvo ou viúva, nos termos previstos na lei, sendo a eles resguardada a quota legítima. De acordo com o disposto no artigo 806 do Código Civil Espanhol, considera-se legítima “a porção de bens da qual o testador não pode dispor em razão de a lei tê-la reservado a determinados herdeiros, chamados por isso de herdeiros forçosos”. Da redação do dispositivo em comento, extrai-se que, como regra geral, o herdeiro deverá receber a herança in natura. Entretanto, há críticas ao rigor técnico da sua redação, tendo em vista que, de acordo com a doutrina, o pagamento da quota pertencente ao herdeiro poderá ser feito, também, em dinheiro, nos casos em que a lei expressamente autoriza.¹²⁰

A referida partilha da herança segue um critério pré-estabelecido, que varia segundo o número de herdeiros, seu parentesco com o falecido e a existência ou não de testamento. Além disso, o direito espanhol estabelece a preferência pela legítima, que se sobrepõe a qualquer outra disposição de herança feita pelo falecido.¹²¹

A autora continua suas contribuições:

Se houver descendentes, a legítima será de dois terços da herança, independentemente do número de filhos, não havendo no Direito

¹¹⁸ LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994.

¹¹⁹ ESPANHA. Código Civil Español. Artículo 806.

¹²⁰ ZANETTI, Pollyana Thays. A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro. PUC/MG, 2019, p.93

¹²¹ García, J. (2011). *La legítima y las particiones de la herencia*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Espanhol a progressão da quota legítima como ocorre no Direito Francês e Português. Ainda sobre a sucessão dos descendentes, o Direito Espanhol oportuniza aos pais que favoreçam um ou alguns de seus filhos em detrimento dos demais, concedendo-lhes um terço da parte que compõe a legítima, chamada mejora, permitindo, assim, a desigualdade entre as quotas legítimas recebidas por cada um de seus herdeiros forçosos. Embora na existência de filhos, os netos sejam excluídos da sucessão, a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que a mejora poderá ser concedida aos netos, mesmo que seus pais estejam vivos. O outro terço da herança, a qual se denomina legítima estrita, deve ser destinado, necessariamente, aos herdeiros forçosos. Quando o autor da herança não dispuser da parte correspondente à mejora, ou dispuser de apenas uma parte dela, o restante integrará a legítima global e será repartida igualmente entre todos os chamados a sucederem. Se o de cujus morrer sem descendentes, os ascendentes herdarão os bens por ele deixados. De acordo com o disposto no artigo 809 do Código Civil, sendo os ascendentes chamados a herdar, a legítima a que têm direito corresponde à metade daquela cabível aos filhos e descendentes, exceto nos casos em que concorrerem com o cônjuge sobrevivente, oportunidade em que a lei fixará a legítima em um terço da herança. Na sucessão dos ascendentes, também, o grau mais próximo exclui o mais remoto, não havendo direito de representação.¹²²

No entanto, esse contexto traz à tona a necessidade de se recorrer às peculiaridades do direito espanhol, na atribuição da natureza jurídica da legítima. Mondragón Martín, explica que a sua natureza jurídica deve ser analisada sob o ponto de vista do que, em virtude do que, e como se dará o recebimento da legítima, e explica:

Se puede contestar a este planteamiento con cuatro teorías que después se ampliarán: la legítima como pars hereditatis, que entiende que el legitimario es heredero. La legítima como pars valoris, en que se estima que el legitimario es acreedor teniendo un derecho personal de crédito frente a la herencia, para recibir su legítima. La legítima como pars valoris bonorum, que es una titularidad sobre parte del valor de los bienes heredables. La legítima como pars bonorum, es la admitida por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.¹²³

¹²² ZANETTI, Pollyana Thays. A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro. PUC/MG, 2019, p.94

¹²³ MARTÍN, Hilario Mondragon. La legítima en el derecho español. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Disponível em https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 53.

Não se trata de assunto pacífico a caracterização da natureza jurídica da legítima no Código Civil comum espanhol, pois pela leitura dos artigos 808 e 809, a legítima é tratada como *pars hereditatis*. A Jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol também por muito tempo manifestou o entendimento de se tratar a os legitimários como herdeiros e, portanto, a legítima deve ser paga com bens do acervo hereditário. No entanto, não se pode desconsiderar as exceções previstas no ordenamento jurídico espanhol¹²⁴ que autorizam o pagamento da legítima em dinheiro. Nesses casos, a legítima adquire a natureza de *pars valoris bonorum*.¹²⁵ Atualmente, inclusive, o entendimento do Supremo Espanhol foi modificado, prevalecendo o reconhecimento da possibilidade de pagamento da legítima a qualquer título.

Eva Arévalo, por sua vez, explica que a integração normativa dos demais artigos do Código Civil em matéria de legítimas levou à postura majoritária de negar a natureza de *pars hereditatis* da legítima, tanto que se observa uma grande diferença entre a posição de herdeiro e de legitimário

*ya que, el primero, sucede al difunto en sus relaciones personales, queda obligado por las relaciones que constituyó en vida el causante y por las deudas que contrajo y no puede ir en contra de los actos del causante, mientras que el legitimario sí puede impugnar los actos que el testador realizó en vida si perjudican su legítima, no queda obligado por las deudas de éste y además puede ocurrir que el causante hubiera satisfecho su parte de legítima en vida, sin que el legitimario siquiera tenga que participar en la herencia.*¹²⁶

Por essa razão, a autora conclui que a doutrina majoritária, atualmente, conceitua a legítima no Código Civil espanhol como uma *pars bonorum*, porque o legitimário não tem por que ser herdeiro ou legatário, mas sim titular de uma parte ou cota do ativo líquido da herança, preestabelecida por lei, e que deve ser satisfeita

¹²⁴ Vide artigos 829, 838, 840, 841 e parágrafo 2º do 1.052 do Código Civil Espanhol.

¹²⁵ MARTÍN, Hilario Mondragon. La legítima en el derecho español. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Disponível em https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 54-61.

¹²⁶ POLO ARÉVALO, Eva María. Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. Revista Internacional de Derecho Romano. Abril - 2013. Disponível em <http://156.35.33.189/index.php/ridrom/article/view/18016/14797>. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 349-350.

pelos herdeiros no momento da partilha da herança, na forma que quiserem, inclusive em dinheiro.¹²⁷

Nesse sentido, há um preceito fundamental para justificar o critério de que os legítimários não podem ser herdeiros, o qual extraímos da redação do artigo 815 do Código Civil espanhol, que dispõe que “*el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma*”.¹²⁸

A interpretação atual desse preceito permite entender que o recebimento da parte correspondente à legítima pode se dar a qualquer título, ou seja, sendo nomeado herdeiro, mas também como legatário, ou por meio de uma doação recebida em vida do falecido.

De acordo com a lei espanhola, a legítima é reservada aos herdeiros previstos no artigo 807 do Código Civil Espanhol, que são: os descendentes diretos (filhos, netos, bisnetos, etc.), em concorrência com o cônjuge; se não houver descendentes, os ascendentes diretos (pai, avôs, bisavós, etc.), em concorrência com o cônjuge; e na ausência de descendentes ou ascendentes, o cônjuge sozinho, na forma disposta em lei.¹²⁹ O artigo 808 do Código Civil Espanhol prevê que os filhos e descendentes têm direito a uma parte de dois terços do patrimônio, a menos que o falecido tenha estabelecido uma cláusula testamentária chamada *mejora*.¹³⁰ Importante também

¹²⁷ “*Sin embargo, es doctrina mayoritaria que la legítima en el Código Civil se conceptúa como una pars bonorum, por lo que el legitimario no tiene por qué ser heredero ni legatario, sino titular de una parte o cuota del activo líquido de la herencia preestablecida por la Ley y que deberá ser satisfecha por los herederos en el momento en que se proceda a la partición de la herencia en la forma en que deseen, incluso en metálico.*” In: ARÉVALO, Eva María Polo. Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. Revista Internacional de Derecho Romano. Abril - 2013. Disponível em <http://156.35.33.189/index.php/ridrom/article/view/18016/14797>. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 349-350.

¹²⁸ Tradução livre: “O herdeiro necessário a quem o testador tenha deixado, por qualquer motivo, menos do que a parte legítima que lhe corresponde, poderá solicitar o complemento da mesma.”

¹²⁹ Código Civil Español. Artículo 807. Son herederos forzosos:

- 1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2.º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- 3.º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

¹³⁰ Código Civil Español. Artículo 808. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición. Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de

lembrarmos que a legítima do cônjuge no direito espanhol é peculiar, como será adiante visto, pois se constitui em um direito de usufruto, apenas, e não de propriedade em si.

Na definição de Rafael Cândido da Silva “a *mejora* são as disposições realizadas pelo autor da herança, correspondente a um terço da herança, que pode ser destinado a beneficiar desigualmente os filhos ou descendentes.”¹³¹ Desta forma, a legítima espanhola pode ser dividida em um terço denominada *legítima estricta*, um terço da *mejora* e o outro um terço de parte disponível.

A legítima dos pais ou ascendentes, por sua vez, corresponde a metade dos bens deixados por filhos ou ascendentes, salvo se concorrerem com o cônjuge viúvo, hipótese em que a legítima será de um terço.¹³²

Quanto aos direitos do cônjuge, recorre-se novamente as explicações de Pollyana Zanetti que explica que ao cônjuge não lhe é garantido direito de propriedade sobre os bens, mas um direito de usufruto, e sua quota também será variável a depender da concorrência com outros herdeiros sucessíveis e suas respectivas classes:

Quanto à sucessão do cônjuge supérstite, dispõe o artigo 834 do Código Civil que, se na data da morte, não estava separado legalmente ou de fato do de cujus, terá direito, em concorrência com os filhos ou descendentes, ao usufruto da terça parte da herança destinada à *mejora*. Além disso, o cônjuge sobrevivente terá direito aos bens móveis que compõem o lar conjugal, sem que os valores a eles correspondentes sejam descontados da sua parte. Nesse aspecto, o cônjuge sobrevivente é titular de um direito de usufruto sobre a terça parte da herança, e não proprietário, sendo essa regra aplicável, qualquer que seja o regime de casamento adotado pelas partes ou a condição econômica do cônjuge usufrutuário. Ao contrário do que ocorre com os ascendentes no caso da existência de descendentes, o cônjuge não é excluído pela existência de uma ordem

residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa. Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique.

¹³¹ Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 35.

¹³² Código Civil Español. Artículo 809. Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

preferencial de herdeiros sucessíveis, concorrendo com todos os herdeiros forçosos, variando, entretanto, a quota da legítima de acordo com a classe com a qual concorre. Na concorrência com os ascendentes, ao cônjuge sobrevivente será resguardado usufruto sobre a metade dos bens deixados pelo de cujus (art. 837 do Código Civil). Nos termos do artigo 838 do Código Civil, na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito ao usufruto de dois terços da herança. A lei permite que os herdeiros, por mútuo acordo ou por decisão judicial, paguem ao cônjuge a parte correspondente ao seu usufruto por meio de renda vitalícia, produto de certos bens ou dinheiro, para evitar prejuízos de ordem jurídica ou econômica.¹³³

Porém, mesmo sendo um dos importantes instrumentos a se considerar a legítima, no Direito Espanhol as críticas também ocorrem especialmente devido a sua permanência, bem como, com relação ao percentual resguardado aos herdeiros.

Segundo Martínez, a legítima não é mais uma forma de proteção dos herdeiros, mas sim uma forma de restringir a liberdade dos testadores e dos herdeiros. A permanência da legítima no direito espanhol é alvo constante de críticas, pois ela é vista como uma forma de limitar a liberdade de disposição dos bens.¹³⁴

Além disso, alega-se que os percentuais fixos resguardados para os herdeiros geram insegurança jurídica e iniquidades na administração da herança, tornando-se um mecanismo ultrapassado.

Para Inés Valero, tais apontamentos originam-se da compreensão de que geraria desigualdades ao estabelecer percentuais fixos de herança para os herdeiros, independentemente de suas necessidades individuais. Assim, “a legítima é um mecanismo que, em vez de garantir a segurança dos herdeiros, produz insegurança jurídica e iniquidades na administração da herança”.¹³⁵

No entanto, para esta tese, considera-se que deve ser estabelecida uma visão ampla de todos os lados, especialmente que os novos contextos de construções

¹³³ ZANETTI, Pollyana Thays. A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro. PUC/MG, 2019, p.94-95.

¹³⁴ MARTÍNEZ, M^a. C. O direito sucessório espanhol diante das transformações da família. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Granada, Granada, 2019.

¹³⁵ VALERO, Inés. Legítima: entre a segurança e a iniquidade. 2018

familiares tendem a discorrer nas mudanças visuais de quem tomaria a figura do herdeiro legítimo.

Importante também apontar que algumas comunidades autônomas da Espanha – que tiveram direitos forais historicamente - possuem competência para legislar sobre Direito Civil, de forma que há diferenças acerca do tratamento da legítima e dos herdeiros legitimários. A maior parte das comunidades autônomas espanholas reconhecem o instituto da legítima, apesar de em Navarra e em parte do País de Vasco - onde rege el *Fuero de Ayala* -, vigorar o princípio da plena liberdade de disposição para efeitos *post mortem*. As peculiaridades serão mais aprofundadas quando das reflexões do último capítulo.

3.2.2 Direito português

Legítima é um dos principais institutos do direito sucessório português, e consiste na partilha de bens entre os herdeiros do falecido, de acordo com as prescrições do Código Civil português. A expressão “legítima”, em seu sentido histórico, remonta ao século XIX, quando foi regulada pela primeira vez por meio da lei civil.

De acordo com o Código Civil português, a legítima é definida como “a porção de bens de que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários”¹³⁶, e corresponde a uma quota variável, determinada a partir da quantidade de herdeiros legitimários e as classes em que se enquadram na ordem de vocação. Está inserida em título próprio, com normas que regulam a sucessão legitimária, as quotas, cálculo e regras específicas de tratamento da legítima.

Segundo Paulo Machado, no direito português, a legítima é um direito de herança previsto no Código Civil de 1966, segundo o qual, após a morte de um cônjuge, cada um dos filhos terá direito a uma parcela do patrimônio do falecido.¹³⁷

¹³⁶ Código Civil portugueses. Artigo 2156.º

¹³⁷ MARQUES, R. Legítima no direito português: O que é e como é dividida? 2019. Disponível em: <<https://www.advogado.adv.br/legitima-no-direito-portugues-o-que-e-e-como-e-dividida/>> MACHADO, Paulo. Direito das Sucessões. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.

Pollyana Zanetti explica que:

Em Portugal, a sucessão mortis causa divide-se em legal e voluntária, conforme resulte da lei ou de um negócio jurídico, nos termos do artigo 2.026 do Código Civil. A sucessão legal é aquela decorrente da própria lei, desdobrando-se em legítima e legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do autor da herança. Denomina-se legitimária a sucessão que se dá em favor de determinados herdeiros, ditos legitimários, a quem a lei assegura uma quota da herança, da qual o autor da sucessão não pode dispor. Na ausência de herdeiros legitimários, a lei confere ampla liberdade de disposição patrimonial ao autor da herança, que poderá fazê-la por testamento ou por contrato (nos casos expressamente previstos em lei). De acordo com o disposto no artigo 2.157 do Código Civil Português, consideram-se herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes. Assim como no Brasil, em Portugal a sucessão legitimária encontra seu fundamento na necessidade de proteção da família mais próxima. No que tange à sucessão legítima, embora também se dê por força de lei, poderá ser afastada pela vontade do autor da herança, “só tendo lugar quando o de cujus não exerceu o seu poder de disposição mortis causa por testamento ou por doação, nos casos em que esta é excepcionalmente admitida”. Por força do artigo 2.132º do Código Civil Português, são considerados herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado¹³⁸.

Joana Morais Danta, em sua dissertação de mestrado, ao discorrer sobre a evolução da reserva legitimária portuguesa, explica que com o surgimento do Condado Portucalense, após o desmembramento do Reino de Leão nos séculos XII, XIII e XIV, houve uma mudança no cenário jurídico que culminou em uma reação unificadora. Até então, o que se via era uma divisão dentro do mesmo Reino daquilo que acontecia no Norte e no Centro-Sul do país. Criou-se um sistema denominado “reserva hereditária”, pelo qual o testador se via obrigado a não ultrapassar um terço dos adquiridos e um quinto dos herdados em suas deixas testamentárias, reserva que ficou designada na doutrina portuguesa como “terço e quinto visigótico”, porém só era aplicado no Norte do País.¹³⁹

O que ficou realmente reconhecido e imposto em todo o país, ao contrário da referida reserva, foi a “terça”, referindo-se à quota disponível, de forma que o restante equivalia à quota reservada aos descendentes, a fim de proteger os interesses

¹³⁸ ZANETTI, Pollyana Thays. A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro. PUC/MG, 2019, p.87.

¹³⁹ DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. Dissertação de mestrado. 2016. p. 40.

familiares. Na ausência de descendentes, o falecido tinha liberdade de dispor da totalidade de seus bens. Este regime unitário de “terça” disponível, em todo o território nacional, foi fixado por D. João I, nas Ordenações de Afonso V, sendo o que permanece até os dias atuais.¹⁴⁰ Explica, ainda a autora:

Contudo, pareciam já existir indícios, desde o antigo direito, de que a sucessão dos filhos era entendida, como ainda é, na continuação da comunhão já existente em vida dos pais. Os antigos povos concebiam a família como unidade económica e social, centro de proteção e empenho entre os respetivos membros. Tal unidade deve-se, naturalmente, ao gozo dos bens e satisfação das necessidades familiares que, desde sempre, foi partilhada e efetuada em comunhão familiar. A própria função social da família seria a de eternizar a espécie através da descendência. Não se pode, todavia, olvidar da família como unidade jurídica, o sangue comum e a ligação direta, criada pelo parentesco, são elementos fulcrais. A própria morte do autor da sucessão materializada na realização dos direitos reservatórios, marcando assim o corte de ligação física, de forma a que o descendente assumia a posição (jurídica) do falecido.¹⁴¹

Atualmente, a partilha legítima entre os herdeiros é realizada de acordo com o que é definido pelo Código Civil e difere a depender das relações de parentesco entre o falecido e os herdeiros. São considerados herdeiros legitimários o cônjuge, os ascendentes e os descendentes. Se houver apenas cônjuge, a legítima corresponde à metade do patrimônio.¹⁴² Se, no entanto, o cônjuge concorrer com filhos ou com ascendentes, a legítima será de dois terços.¹⁴³ Não havendo cônjuge, apenas filhos, “a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.”¹⁴⁴ “Se o autor da sucessão não deixar descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes.”¹⁴⁵ Por fim, o artigo 2160.º do Código Civil português determina que, não

¹⁴⁰ DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. Dissertação de mestrado. 2016. p. 40-41.

¹⁴¹ DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. Dissertação de mestrado. 2016. p. 41.

¹⁴² Código Civil português. Artigo 2158.º “A legítima do cônjuge, se não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança.”

¹⁴³ Código Civil português. Artigo 2159.º 1. “A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança.” e Artigo 2161.º 1. “A legítima do cônjuge e dos ascendentes, em caso de concurso, é de dois terços da herança.”

¹⁴⁴ Código Civil português. Artigo 2159.º 2.

¹⁴⁵ Código Civil português. Artigo 2161.º 2.

havendo filhos, mas havendo descendentes de segundo grau e seguintes, estes têm o direito àquilo que caberia a seu ascendente, com partes fixadas conforme prescrito na lei de sucessão legítima.¹⁴⁶

Em caso de haver herdeiros legítimos e herdeiros testamentários, o Código Civil estabelece que a herança será dividida em duas partes, uma destinada aos herdeiros legítimos e outra aos herdeiros testamentários, sempre respeitados os limites de disposição e de reserva, pois “a lei portuguesa anula toda e qualquer disposição que exceda a quota disponível do testador, pondo-se assim em causa a validade do testamento, demonstrando-se a total intangibilidade da quota legítima, sendo exemplo disso os atuais artigos 2163.º e 2174.º, n.º 1, 1.ª parte do Código Civil.”¹⁴⁷

Paulo Machado, ainda explica que a reserva legítima não pode ser excluída por testamento ou por qualquer outro meio. “A legítima é um direito inalienável, imprescritível, ineficaz e não concorrente, de que os herdeiros não podem desfazer-se”.¹⁴⁸

No entanto, Pollyana Zanetti esclarece que

Por sua vez, a sucessão voluntária “resulta de um acto voluntário do autor da sucessão, não decorre directa e meramente da lei, antes sendo necessária uma manifestação da vontade unilateral ou bilateral, em que intervenha o autor da sucessão”. Divide-se em contratual e testamentária. Em ambos os casos, a sucessão voluntária encontra seu fundamento no princípio da autonomia privada e da livre disposição patrimonial, sendo a sucessão testamentária a forma de disposição voluntária mais usada pelos portugueses, dada as limitações legais aos pactos sucessórios. Assim como no Direito Brasileiro, há uma coexistência entre sucessão legítima e testamentária, podendo esta incidir sobre a parte disponível quando houver herdeiros legítimos e sobre a totalidade da herança na ausência deles. Difere do direito da antiga colônia Sul-Americana, entretanto no que tange ao quantum da quota legítima resguardada aos herdeiros legítimos. No Direito Lusófono, a legítima “varia em função da classe e tipo de herdeiro legítimo e do número de herdeiros legítimos. Só depois de determinada a legítima global (2/3, 1/2...) é que será possível apurar a legítima que cabe a cada um dos herdeiros legítimos, o seu quinhão legítimo (legítima subjetiva)”. Se houver concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os

¹⁴⁶ Código Civil português. Artigo 2160.º

¹⁴⁷ DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. Dissertação de mestrado. 2016. p. 44.

¹⁴⁸ MACHADO, Paulo. Direito das Sucessões. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.

descendentes do autor da herança, a legítima será de dois terços da herança (art. 2.159, n.º 1). Na ausência de cônjuge sobrevivente, dispõe o artigo 2.159º, n.º 2, que “a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais”. A doutrina, entretanto, aponta um problema na forma como se apura a legítima nesse caso: se o filho que repudia a herança deve ou não contar para o cálculo da legítima, uma vez que “se existirem dois filhos e um repudia, se este contar para o referido cálculo a legítima será de dois terços; caso contrário, será de metade.”¹⁴⁹

Em Portugal, o forte fundamento de justificativa à legítima, reside na propriedade privada. A doutrina portuguesa explica que no direito sucessório, ela é a sua razão de ser, uma vez que

os indivíduos podem ser proprietários no sentido geral ou amplo da palavra, isto é, podem ter patrimônio maior ou menor, podem ter bens e dívidas, podem ser sujeitos de direitos sobre coisas, de créditos, de débitos, é forçoso que alguém se lhes substitua nessas posições quando falecem que tenham um ou mais sucessores, tomando o termo com a amplitude que atrás ficou definida para este efeito¹⁵⁰.

A propriedade, no entanto, não pode se revestir de caráter egoísta, e como todos os institutos de direito civil contemporâneo, deve estar de acordo com a sua função social. Para Galvão Telles, a função social da propriedade projetada no âmbito familiar é observada com a tutela da reserva da legítima.¹⁵¹

A legítima ainda encontra fundamento em sua manutenção na “proteção da família nuclear, num princípio de entreatajuda e solidariedade (...), de modo a assegurar uma base do patrimônio familiar e garantir aos familiares mais próximos um mínimo de bens para a manutenção e desenvolvimento de sua personalidade”¹⁵², e assim como o direito espanhol, a legislação lusa estabelece quotas variáveis de legítima, a

¹⁴⁹ ZANETTI, Pollyana Thays. A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro. PUC/MG, 2019, pp.88-89.

¹⁵⁰ GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das sucessões: noções fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 256.

¹⁵¹ GALVÃO TELLES, Inocêncio. Direito das sucessões: noções fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 277.

¹⁵² SOUSA, Rabindranath Capelo de Sousa, Lições de Direito das Sucessões, Vol. I, 4.ª Edição Renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2012. p. 153 *apud* DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. Dissertação de mestrado. 2016. p. 44-45.

dependem das classes de herdeiros legitimários, do grau de parentesco e da quantidade de herdeiros que têm direito à reserva legítima.

3.2.3 Direito italiano

Assim como nas legislações anteriormente estudadas, o direito italiano também considera necessário fazer a reserva de uma quota do patrimônio sucessório a determinadas pessoas. Para compreender a legítima no Direito Italiano, vamos recorrer às alusões de Flávio Tartuce.¹⁵³ A predominância do princípio da solidariedade familiar é considerada um direito inalienável dos herdeiros, que não pode ser transferido para terceiros, nem mesmo para o de cujus. Isso significa que, mesmo que o de cujus tenha outras intenções, não pode transferir, alterar ou revogar a legítima dos seus herdeiros.

O autor explica que o direito italiano estabelece uma variação da reserva da legítima:

Sobre a legítima ou reserva, a Itália também consagra uma variação. Como legitimados, repise-se, o art. 536 do Codice elenca o cônjuge, os filhos e os ascendentes. Ao filho único, como regra geral, é reservada a metade do patrimônio do falecido; em havendo dois filhos ou mais, a reserva é de dois terços do patrimônio (art. 537). Em favor dos ascendentes, a reserva é de um terço dos bens do morto, como regra (art. 538). A respeito do cônjuge, a reserva volta a ser a metade dos bens do de cujus, salvo se houver concurso ou concorrência com os filhos, hipótese em que terá direito a um terço ou um quarto dos bens, a depender da qualificação dos filhos com os quais concorre (arts. 540 e 542 do Código Civil italiano). Como última regra a ser destacada, o art. 544 da norma codificada italiana estabelece que, quando alguém morre sem ter filhos, mas ascendentes e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio e um quarto para os ascendentes.¹⁵⁴

Nota-se, portanto, que esta disposição proíbe a deserção dos herdeiros legítimos, determinando que o patrimônio de uma pessoa deverá ser dividido

¹⁵³ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020

¹⁵⁴ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020, p. 127.

igualmente entre os herdeiros. O Primeiro Comando da Legítima foi estabelecido como parte do Código Civil italiano de 1942, que regula os assuntos relacionados ao direito de família. A lei estabelece que cada herdeiro tem o direito a uma parte igualitária da herança, independentemente de ser ou não o herdeiro preferido pelo falecido. Esta disposição se aplica a todos os tipos de herança, desde bens materiais até propriedades intelectuais.

No entanto, as exceções também ocorrem, conforme explica Tartuce

Se, eventualmente, a redução da disposição testamentária não for suficiente para se chegar a tal montante protetivo, os parentes legitimados podem, no sistema italiano, pedir até mesmo redução das doações feitas pelo falecido. E arremeta que a sucessão em favor desses parentes é, em sentido amplo, uma sucessão legítima porque tem fundamento em um direito sucessório familiar, tendo um título específico e autônomo denominado como sucessão necessária.¹⁵⁵

No entanto, mesmo que se possa incorrer a crença de um sistema fechado, faz-se mister salientar ainda, sobre a liberdade testamentária e a liberdade da pessoa como sendo dois princípios fundamentais que regulam a atividade jurídica no país. O primeiro, conhecido como autonomia testamentária, é a liberdade de cada indivíduo de escolher, através do testamento, como distribuir os seus bens após a sua morte. É uma forma de o indivíduo ter um certo grau de controle sobre o destino dos seus bens, mesmo após a sua morte. O segundo princípio, a liberdade da pessoa, estabelece que cada indivíduo tem o direito de dispor de si próprio, de acordo com as suas próprias crenças ou escolhas. Esta liberdade geralmente se aplica às decisões sobre assuntos como casamento, religião e outras questões relativas à vida pessoal¹⁵⁶. Em linhas gerais, no Direito italiano, a autonomia testamentária é regulada principalmente pelo Código Civil italiano, enquanto a liberdade da pessoa é abordada pela Constituição italiana.¹⁵⁷.

Embora inicialmente tais princípios apontem uma certa autonomia, não se deve deixar de reconhecer suas limitações, especialmente quando se detém às

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020, p. 126.

¹⁵⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

questões de proteção familiar, aparecendo então, uma certa dicotomia, e até mesmo confluência.

Desta forma, recorre-se mais uma vez aos ensinamentos de Tartuce ao utilizar Angelo Spatuzzi para explicar as limitações da autonomia testamentária:

Spatuzzi pondera sobre a salvaguarda das relações familiares, lecionando ser necessário equilibrar a autonomia do proprietário com o princípio da solidariedade familiar, e repetindo os dois doutrinadores antes citados. Acrescenta, ainda, que o fenômeno sucessório não é estranho à tutela dos interesses coletivos, como se dá com a constante intervenção fiscal do Estado nas questões atinentes à herança. Segundo ele – na mesma linha do que vem ocorrendo no Brasil –, a sucessão deve levar em conta a concepção de entidades familiares além da família nuclear retirada do art. 29 da Constituição da República italiana, que reconhece o direito de família como sociedade natural fundada no matrimônio.³² Dito de outra forma, a família deve ser baseada em múltiplos modelos, abrangendo, por exemplo, a união de fato (*coppia di fatto*), ou seja, o que aqui denominamos de união estável.³³ Cita, por fim e a respeito dessa solução ampliativa de tutela, decisão da Corte Constitucional italiana, de 7.4.1988, que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº 392/1978, na parte que não previa entre os legitimados a suceder no contrato de locação o convivente *more uxorio*, genitor dos filhos naturais havidos com o locatário falecido.³⁴ A solidariedade familiar como fundamento sucessório serviu, de acordo com o autor, para fundamentar o decisum superior.¹⁵⁸

Nesse sentido, buscamos compreender a legítima nos ordenamentos jurídicos dos países que certamente mais influenciaram a composição do sistema brasileiro ou mais se aproximam dele, servindo assim, como caminhos que irão subsidiar as discussões que se propõem nesta tese, sem prejuízo de outros ordenamentos, principalmente quando podemos perceber que os fundamentos axiológicos para existência e manutenção de reserva do patrimônio do *de cuius* para determinadas pessoas, em diversos ordenamentos jurídicos, são bastante similares.

¹⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020, p. 127.

3.3 A legítima no direito brasileiro

Como vimos anteriormente, assim como o instituto familiar, nosso direito de sucessão foi todo desenvolvido com base no Direito Romano, cujo modelo tinha preferência pela sucessão testamentária à sucessão legal ou também chamada legítima. Esta era considerada supletiva, incidindo apenas quando não havia testamento, o que se apresenta como uma notável mutação paradigmática.¹⁵⁹ Houve uma mudança radical do paradigma liberal e livre disposição testamentária para uma obediência e subordinação da vontade do testador às normas que regulam o direito de sucessões.

A sucessão legítima, nessa mudança, ganhou o protagonismo e, atualmente, a sua incidência é quase que total em contrapartida à utilização de testamento ou outras formas de disposição da vontade para efeitos sucessórios. Mesmo o tratamento legal sofreu esta inversão, pois o tratamento preferencial da lei passou a ser a sucessão legítima, e a testamentária passou a ser secundária. A doutrina aponta como outra causa dessa inversão a ascensão de princípios e valores sociais que interferem, diretamente, no direito privado e, conseqüentemente, na autonomia privada, conforme explica Paulo Lôbo:

Todavia, o *law in books* foi ignorado pelo *law in action*. O modelo individualista do predomínio da sucessão testamentária, ao menos no plano legal e doutrinário, foi desafiado pela realidade social brasileira de desconsideração massiva do testamento e da incidência quase total da sucessão legítima em todas as classes sociais, além da ascensão dos valores e princípios sociais, que marcaram a trajetória do direito privado, principalmente a partir do início da segunda metade do século XX, com especial destaque à função social da propriedade, que se converteu em princípio fundamental na Constituição de 1988.¹⁶⁰

Nesse sentido, a lei desloca a primazia da figura do autor da herança para a figura do herdeiro. Há uma nítida diminuição da autonomia privada do testador que tem sua vontade subordinada aos ditames legais regulados pelas disposições da

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. Texto publicado no Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. Texto publicado no Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.

sucessão legítima. Note que há um forte ponto de intersecção entre herança, família e propriedade, sem que eles, no entanto, se confundam. Os vínculos consanguíneos e afetivos encontram relação direta nas normas que dispõem sobre o direito de suceder, e a sucessão nada mais é do que a ocupação, pelo herdeiro designado, da posição jurídica perante os bens deixados pelo *de cuius*, e antes exercida por ele.

Enquanto a sucessão testamentária relaciona-se com a vontade expressa e inequívoca do testador, a sucessão legítima, também denominada *ab intestato* – inexistência de testamento; daquele que não testou, - a presunção da vontade do autor da herança advém da própria lei. É ela quem enuncia a ordem de vocação hereditária e dentro desta modalidade de sucessão, retiramos o instituto da legítima.

Extraído o conceito do Código Civil brasileiro atual, a legítima consiste na quota de metade dos bens da herança, pertencente, de pleno direito, aos chamados herdeiros necessários.¹⁶¹ A fim de entendermos melhor quem são esses herdeiros necessários e como funciona esse instituto, é necessário analisarmos, de forma mais detalhada, o seu tratamento legal, com uma breve análise comparativa e evolutiva até a disposição que temos, atualmente, no Código Civil de 2002.

3.3.1 A evolução do tratamento legal da legítima no ordenamento jurídico brasileiro

Aberta a sucessão, os herdeiros adquirem, automaticamente, a herança. Essa é a interpretação extraída do artigo 1784 do Código Civil Brasileiro atual, de forma que o nosso sistema jurídico admite a transmissão automática da herança, sem necessidade de aceitação ou consentimento dos herdeiros beneficiados, sejam eles legítimos ou testamentários.

Segundo Paulo Lôbo, a essência dessa norma é não gerar um vazio de titularidade sobre a herança deixada com a morte da pessoa. Os direitos subjetivos sobre a herança passam, automaticamente, a um ou vários sucessores, sejam eles determinados pelo próprio autor da herança, em testamento, sejam eles determinados pela lei. O que não se admite, no entanto, é que esses direitos subjetivos fiquem sem

¹⁶¹ Cf. Art. 1.846 do Código Civil Brasileiro.

sujeitos, pois pela hermenêutica do referido artigo, a aceitação expressa ou tácita não é requisito indispensável para a transmissão da herança.¹⁶²

Essa máxima tem origem na expressão do Direito francês de *droit de saisine*, diferente do modelo do Direito Romano, no qual a sucessão hereditária se iniciava com a aceitação do sucessor e permanecia jacente até que essa se operasse. O *droit de saisine* é umas das regras fundamentais do Direito das Sucessões e muitos juristas o consideram como um princípio de direito sucessório. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho definem o Princípio de Saisine “como a regra fundamental do Direito Sucessório, pelo qual a morte opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários”.¹⁶³ Maria Helena Diniz, por sua vez, explica:

com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (*son saisis de plein droit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado está o princípio da saisine, o direito de saisina, ou da investidura legal na herança, que erradia efeitos jurídicos a partir do óbito do de cujus.¹⁶⁴

Quanto à classificação dos herdeiros ou sucessores, temos que sua origem poder ser por disposição testamentária, legado ou codicilo, chamados herdeiros testamentários, ou pode ser por disposição legal, chamados herdeiros legítimos. A sucessão legítima ocorrerá sempre que não houver testamento ou, na existência de um, ele não contemplar todos os bens ou for afastado por caducidade ou nulidade.

Na categoria de herdeiros legítimos, ou seja, aqueles que serão chamados a suceder por disposição legal, extraímos uma outra divisão que diz respeito ao grau de amplitude atribuída pelo nosso direito sucessório a esses herdeiros, e é daí que surgem os herdeiros necessários, também denominados reservatários ou forçados, a quem a lei concede, a seu favor, o direito à legítima.

Como vimos, a legítima, atualmente, é composta por metade do patrimônio do autor da herança, de forma que na presença de um ou alguns herdeiros necessários, essa quota parte do patrimônio se torna indisponível para disposição diversa da lei

¹⁶² LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. Texto publicado no Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.

¹⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONHA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. Direito das Sucessões. p. 59.

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.264.

para efeitos sucessórios. Configura claro limite à liberdade de testar, como bem aponta Paulo Lôbo:

O testador exerce sua autonomia ou liberdade de testar de modo limitado quando há herdeiros que a lei considera necessários. Nesta hipótese, que é a mais frequente, sua autonomia fica confinada à parte disponível, não podendo reduzir a legítima desses herdeiros. Sua autonomia é mais ampla quando não há qualquer herdeiro necessário, podendo contemplar de modo desigual os demais herdeiros ou excluí-los totalmente da herança, quando destinar a herança a terceiros. Por ser instrumento de atribuição desigual da herança e até de exclusão desta é que a lei impõe à sucessão testamentária requisitos e formalidades substanciais.¹⁶⁵

Vale ressaltar que a reserva da legítima aos herdeiros necessários já era garantida na codificação civil de 1916, por força do disposto no artigo 1.721 que dispunha “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código”.

A proteção da legítima e o reconhecimento dos herdeiros necessário remonta ao berço de Direito Romano, com a alteração antes exposta de que naquela época o que estruturava o sistema romano de transmissão *mortis causa* era o testamento, ao passo em que, hoje, houve a citada inversão de prevalência da forma de sucessão legítima, como explica Eduardo de Oliveira Leite:

Na ótica romana, o testador que despojava sua família, sem justa causa, faltava com o dever de solidariedade (*officium pietatis*: dever de piedade), e o testamento podia ser anulado, como se tratasse da obra de um louco, através da *querela inofficiosi testamenti*: contestação do testamento que faltou com seus deveres. A nulidade podia ser evitada se o legatário liberasse ao herdeiro, parente próximo do defunto, o quarto daquilo que herdaria *ab intestat* e que se passou a chamar ‘quarta legítima’ (também chamada, ‘legítima’ ou, a quarta Falcídia, nome decorrente de uma lei Falcídia. A legítima traduzia o dever moral post mortem em que pesava sobre um parente em relação aos mais próximos.¹⁶⁶

¹⁶⁵ LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. Texto publicado no Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família.

¹⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI. p. 264.

Clóvis Beviláqua, no estudo das fontes romanas acerca do instituto da legítima explica como era feita a reserva e a quem: “era dois terços dos bens, se o testador deixasse até quatro filhos e a metade, se deixasse mais de quatro; em favor dos outros descendentes, assim como os ascendentes, a reserva hereditária variava da metade a um terço da sua parte, *ab intestato*, segundo essa parte se elevava ou não a um quarto da herança; quando o herdeiro era pessoa torpe (Cód., 3, 28, 1. 27)”.¹⁶⁷

Frise-se que pelo sistema romano da Lei das XII Tábuas, o *pater familias* tinha plena liberdade de testar, em uma superioridade do testamento sobre a sucessão *ab intestato*. Mas se ele falecesse sem deixar testamento, a sucessão seria devolvida a três classes de herdeiros, da seguinte forma: a) *sui*, que eram os filhos sob o pátrio poder, a mulher desses filhos e outros parentes sujeitos ao *de cuius*; b) *agnati*, as pessoas sob esse mesmo poder ou que se sujeitavam a ele, se o *pater familias* não estivesse morto; e c) *gentiles*, os membros da mesma *gens*. Posteriormente, o direito justinianeu estabeleceu que a sucessão legítima passasse a ser fundada unicamente no parentesco natural, com a seguinte ordem de vocação hereditária: a) descendentes; b) ascendentes, com irmãos bilaterais; c) irmãos consanguíneos ou uterinos; d) outros parentes colaterais.¹⁶⁸

Consolidado nas Ordenações do Reino, o sistema jurídico português antigo aderiu às fontes romanas e adotou a tutela de dois terços do patrimônio do falecido, no caso da existência de herdeiros necessários. Tanto é verdade que, como explica Flávio Tartuce, o testador somente poderia dispor sobre a terça de seus bens, em detrimento de seus filhos, o que é retirado do Livro IV das Ordenações Filipinas, Título LXXXII, com a seguinte expressão: “quando no testamento o pai não faz menção ao filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça”.¹⁶⁹

A alteração do *quantum* de proteção da legítima ocorreu por força da Lei Feliciano Pena (Decreto 1.839, de 1907) que reduziu seu percentual de dois terços

¹⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983. p. 748.

¹⁶⁸ GOMES, Orlando. Sucessões. Atualização de Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 2-3

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 29.

para metade dos bens do falecido. Estabelece o seu art. 2.º que “o testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade dos seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal”. Essa redução foi mantida pelo Código Civil de 1916, e segue mantida pelo Código Civil de 2002, consolidada como regra do Direito Sucessório brasileiro.¹⁷⁰

Diferente do Código Civil de 1916 que considerava herdeiros necessários os ascendentes e os descendentes, e colocava o cônjuge no terceiro lugar da ordem de vocação hereditária, - alteração trazida pela Lei Feliciano Pena, pois nas Ordenações do Reino, o cônjuge ocupava o quarto lugar, - nossa codificação civil em vigor acrescentou a figura do cônjuge como também herdeiro necessário, pela dicção do artigo 1.845¹⁷¹, além de trazê-lo ao primeiro, segundo e terceiro lugares na ordem de vocação hereditária, em concorrência com os descendentes, ascendentes ou isoladamente. Malgrado as críticas dessa inclusão, que ainda serão oportunamente analisadas, o fato é que hoje, havendo herdeiros necessários sobreviventes (descendentes, acescentes ou cônjuge), a eles é garantida a reserva de 50% do patrimônio do *de cuius* correspondente a legítima.

Esses herdeiros necessários só poderão ter seu direito à legítima excluídos nas hipóteses de indignidade ou deserdação, cujos rol taxativos se encontram disciplinados nos artigos 1.814¹⁷², 1.962¹⁷³ e 1.963¹⁷⁴ do Código Civil. A indignidade é tratada no capítulo destinado aos excluídos da sucessão, cuja declaração depende

¹⁷⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 29.

¹⁷¹ Art. 1.845 do Código Civil Brasileiro: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹⁷² Art. 1.814 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.”

¹⁷³ Art. 1.962 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

¹⁷⁴ Art. 1.963 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

de sentença judicial. Já a deserdação é tratada em capítulo próprio só pode ocorrer por disposição expressa de causa em testamento, dependente de prova da veracidade pelo herdeiro instituído¹⁷⁵.

Dispõe o artigo 1.829 do Código Civil de 2016 que “a sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.”

Neste momento podemos perceber, claramente, a sincronização e a interação entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, pois o artigo acima traz relação direta com a ideia de parentesco, e é preciso traçar alguns apontamentos desse diálogo. Podemos encontrar diferentes conceituações de “parentesco” na doutrina¹⁷⁶, mas de todas elas podemos extrair três formas de parentesco: o consanguíneo ou natural, o por afinidade e o civil.

Tomando emprestado os ensinamentos de Flávio Tartuce, o doutrinador explica que o parentesco consanguíneo é aquele “existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou de sangue, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta.”¹⁷⁷ Explica ainda que o parentesco por afinidade é aquele existente entre um cônjuge e os parentes, - ascendentes, descendentes e irmãos, - do outro cônjuge ou companheiro, com a ressalva de que os cônjuges não

¹⁷⁵Arts. 1.964 e 1.965 do Código Civil Brasileiro: “Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

¹⁷⁶ “é o liame que vincula as pessoas oriundas de uma ascendência comum (parentesco consanguíneo), ou jungidas quer pela transmissão do pátrio poder (parentesco civil) quer pelos efeitos do matrimônio (parentesco afim).” LIMONGI FRANÇA, Rubens. Instituições de direito civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291.

“o vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre adotante e o adotado”. DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1122.

“o parentesco é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender ou de ambas procederem de um genitor comum”. VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1448.

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 142.

são parentes entre si, mas são unidos por vínculo de outra natureza, que decorre da conjugalidade ou da convivência. Já o parentesco civil é o decorrente de qualquer outra origem que não seja a consanguinidade ou a afinidade.¹⁷⁸

Essa última forma de parentesco tradicionalmente sempre foi relacionada à adoção. No entanto, a doutrina e a jurisprudência apontam outras duas formas de parentesco possível diante da evolução da ciência e da elevação da afetividade a princípio jurídico do nosso ordenamento. A primeira diz respeito à técnica de reprodução assistida heteróloga, que se efetiva com material genético, sêmen ou óvulo, de terceiro, captado em clínica especializada, situação na qual há vínculo parental com relação às pessoas que planejaram e utilizaram a técnica. Já a segunda é a chamada socioparentalidade afetiva que se funda na posse de estado de filho.¹⁷⁹

Merece destaque o julgado do Supremo Tribunal Federal do ano de 2016 que chancelou entendimento que já vinha sendo adotado pela doutrina majoritária e reconheceu, definitivamente, a parentalidade socioafetiva como forma de parentesco civil. Na mesma decisão, reconheceu, ainda, a possibilidade da multiparentalidade, ou seja, múltiplos vínculos parentais, extraída ementa com a seguinte redação:

(...) 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

¹⁷⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 142.

¹⁷⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 142.

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do

Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.¹⁸⁰

Conforme extraímos do julgado, o reconhecimento da possibilidade de multiparentalidade operará efeitos para todos os fins jurídicos, inclusive para efeitos sucessórios recíprocos entre os ascendentes e descendentes. Neste sentido, foi aprovado em outubro de 2019, no XII Congresso Brasileiro do IBDFAM, o Enunciado n. 33: “o reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação”.¹⁸¹

¹⁸⁰ STF. Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no Informativo n. 840 da Corte. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO . SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ -CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA . NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE . PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES

¹⁸¹ IBDFAM. Enunciado 33. Disponível em <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 22 de fevereiro de 2023.

As explanações sobre parentesco são necessárias para visualizarmos o ponto crucial de interseção entre o Direito de Família e o Direito das Sucessões, mormente se levarmos em consideração que a reserva da legítima sempre foi destinada por critério de parentesco e, atualmente, foi incluída no rol a pessoa do cônjuge, mas não só. Trata-se de análise necessária para o exercício reflexivo a que este trabalho se propõe, sobre a necessidade de alterações no instituto da legítima, ao passo em que seguimos o entendimento de que o percentual, a destinação e forma de tratamento da reserva da legítima, - que é um dos principais institutos jurídicos que limitam a autonomia privada, - não condiz com a realidade e as modificações sociais, e ainda possui berço e fundamentos que, por muitas vezes, não se sustentam na análise do caso concreto.

A evolução do Direito, que acompanha a evolução da humanidade, é marcada por três instituições interligadas e concatenadas: família, propriedade e sucessão. Exatamente por isso, percebemos que a concepção que se tem de família e de propriedade é que vai determinar a escolha do regime sucessório com predominância da autonomia da vontade do testador, ou sua limitação pela legítima. Tudo está interligado.

No entanto, a escolha da forma de disposição patrimonial do indivíduo para efeitos *mortis causa*, por muitas vezes não tem relação com parentesco, e a tolhida na liberdade de disposição, em razão da legítima, acarreta muito mais conflitos ou obstáculos para uma sucessão tranquila e exitosa, principalmente quando fazemos a análise do Direito das Sucessões a partir das principais problemáticas da sucessão de empresa familiar, como se verá mais adiante.

3.4 O fundamento axiológico da legítima

Podemos nos questionar o seguinte: se, na época do Direito Romano, a primazia era atribuída às disposições testamentárias do falecido, porque houve essa inversão e se atribuiu preferência à sucessão legítima, ou seja, a vontade da lei? Para entendermos e respondermos a essa pergunta, precisamos analisar os fundamentos axiológicos da legítima e os argumentos utilizados, ainda hoje, para não ter havido modificações de suas normas.

Historicamente, não há uma uniformização de tratamento na justificativa da legítima. Há alguns que visualizam um caráter jusnaturalista, que atribui a legítima e presunção de vontade do *de cuius*, enquanto uma segunda corrente defende que a legítima está lastreada da busca da preservação da família, para o sustento dos membros familiares, em uma solidariedade e colaboração forçada, imposta por lei.

Há uma prevalência jurídica na segunda corrente, como reconhece o professor argentino Marcos M. Córdoba, que entende que o fundamento da legítima “repousa em um benefício em favor da família.”¹⁸² No mesmo sentido, entende Arnaldo Rizzardo:

Encontra-se a razão da limitação na necessidade de proteger os interesses da família, que abrange os parentes mais próximos e o cônjuge sobrevivente. Está a posição que prevaleceu das vivas discussões que grassavam desde tempos antigos, com raízes no *officium pietatis* do direito romano, sob o enfoque de que se deve reservar parte do patrimônio aos parentes consanguíneos.¹⁸³

Infere-se, assim, que a justificativa, *a priori*, da legítima é garantir um patrimônio mínimo para os membros do núcleo familiar do falecido, como mecanismo de sobrevivência dos integrantes da família, o que transcende um caráter de solidariedade familiar. Seria a limitação ao próprio direito de propriedade, que assim como qualquer outro direito, não é absoluto.

Flávio Tartuce traz ao conhecimento o relato de Clóvis Beviláqua de que na tramitação do projeto do Código Civil de 1916, chegou a ser aprovada no Senado a plena liberdade de testar, mas foi rejeitada na Câmara dos Deputados. Nesse relato, o jurista demonstra quais são os principais argumentos, jurídicos e morais, para a defesa da plena liberdade e os repele, nas palavras de Tartuce, da seguinte forma¹⁸⁴:

1.º) O direito de testar seria uma simples aplicação do direito de livre disposição atribuído ao proprietário do bem. Em suma, haveria um legítimo exercício da autonomia privada. O doutrinador procura afastar esse argumento com base no fato de não ser o direito à propriedade absoluto, tendo em vista, principalmente, a sua função social. Sobre a constatação de que a Constituição Federal da época assegurava o

¹⁸² CÓRDOBA, Marcos M. *Sucesiones*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores. 2016. p. 345.

¹⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 34-35.

¹⁸⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – direito das sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 30.

exercício do direito da propriedade de forma plena, Beviláqua insiste nas limitações existentes a respeito desse direito subjetivo, inclusive no Texto Superior. Em resumo, sustenta ser esse um “argumento sem valor”, o que é perfeitamente plausível, em tempos atuais, diante de fortes limitações ao direito de propriedade percebidas no sistema jurídico nacional.

2.º) A herança forçosa ou forçada seria uma injusta restrição à liberdade individual. A suposta injustiça é afastada pelo autor intelectual da codificação anterior pelos fundamentos de proteção da família contra o arbítrio do indivíduo, “contra um impulso, momentâneo talvez, que sacrifica o bem-estar, senão a vida, de entes, que o testador tinha a obrigação de sustentar”.

3.º) A liberdade de testar serviria para consolidar a autoridade paterna, porque o pai tem o direito de transmitir o seu patrimônio ao filho mais digno de sua estima. Para Beviláqua, tal argumento é uma ilusão, pois a hipocrisia, a intriga e a ganância afastam a boa-fé dos pais, lançando discórdia entre os irmãos. Tem razão especial, nesse ponto, o doutrinador, eis que o argumento, na atualidade, representa claro preconceito em relação a filhos, em afronta ao art. 227, § 6.º, da Constituição Federal. Sem falar que a norma deve ser atualizada diante da igualdade constitucional entre homens e mulheres (art. 5.º, inc. I, da CF/1988), o que atinge as relações familiares, não se podendo mais falar em autoridade paterna, mas em autoridade parental, exercida tanto pelo pai quanto pela mãe.

4.º) A liberdade de testar desenvolve a iniciativa individual, porque, quando o sujeito sabe que não pode contar com a herança, procura desempenhar atividades para lhe dar o devido sustento. De outra forma, haveria um efeito no inconsciente coletivo pela necessidade do trabalho e da labuta diária. Beviláqua aponta ser esse o argumento mais valioso – o que também é a minha percepção –, mas que deve ser afastado diante de outras considerações de maior peso. Para ele, “a educação convenientemente dirigida obterá a mesma vantagem de desenvolver a capacidade de direção da vida, sem as funestas consequências da liberdade de testar, entre as quais avultam a inflação do egoísmo, que é retrocesso à animalidade, e a dispersão do grupo familiar, que impede o cultivo de afeições, que somente no circuito familiar se podem desenvolver. E esta falha prejudica, enormemente, o aperfeiçoamento moral do homem” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito...*, 1983, p. 752-754).¹⁸⁵

Desse debate, podemos extrair fundamentos importantes para o afastamento da plena liberdade de testar como a função social da herança, função social da propriedade, princípio da solidariedade familiar e o princípio da igualdade.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – direito das sucessões*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 30.

Com respeito aos argumentos acima expostos, fato é que o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro à legítima, não acompanha a inegável e indiscutível evolução das relações familiares, nem tampouco da evolução social.

Necessário ressaltar que não seguimos uma linha de defesa de extinção da legítima ou a plena e absoluta liberdade de testar, indiscriminadamente, a todo e qualquer caso. O entendimento defendido no presente trabalho é de uma necessária adequação do instituto, com possibilidades de uma legítima flexível e um equilíbrio entre a autonomia privada do testador, com outros direitos que devem ser igualmente observados e preservados, adequando-se o instituto, seu percentual e sua incidência, às novas necessidades e anseios sociais, o que contribui para diminuição de litígios e problemáticas em outros ramos do direito, especialmente no Direito Empresarial quando analisamos a sucessão das empresas familiares.

3.5 A redução das liberalidades inoficiosas

Quando falamos em redução de liberalidades no direito sucessório, nos referimos há como se dará a proteção no ordenamento jurídico brasileiro nos casos em que haja afronta à legítima. Essa proteção ocorre sob duas perspectivas: a proteção contra doações realizadas em vida pelo autor da herança, e a proteção contra disposições testamentárias, sendo que ambas ficam sujeitas à redução no caso de atingirem a quota de reserva legitimária.

As doações realizadas em vida encontram limitação legal expressa, - que reverbera no direito sucessório, - no artigo 549 do Código Civil que dispõe que “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.”¹⁸⁶ Neste sentido, toda doação que ultrapassar metade do patrimônio do autor da herança estará sujeita a inoficiosidade.

Essa inoficiosidade caracteriza uma proteção do instituto da legítima ainda em vida, cujos efeitos serão percebidos, no entanto, na maioria dos casos, somente quando do seu falecimento, com a abertura da sucessão. Isso porque o que incide é

¹⁸⁶ Art. 1.845 do Código Civil Brasileiro: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

o disposto no artigo 2.007 do Código Civil brasileiro, ao tratar sobre a redução das doações infelicitosas, com a seguinte redação:

Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

§ 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.

§ 2º A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.

É importante ressaltar, no entanto, que apesar de não constar expressamente do texto do artigo, uma corrente da doutrina defende que a nulidade a que aduz o artigo 549 do Código Civil poderá ser proposta mesmo em vida do doador, conforme explica Flávio Tartuce:

Por isso, reafirme-se que não há necessidade de aguardar o falecimento do doador para a sua propositura. Em outras palavras, poderá ser proposta mesmo estando vivo o doador que instituiu a liberalidade viciada. Repise-se que, visando a esclarecer, o Projeto de Lei 699/2011 (antigo PL 6.960/2002) pretende acrescentar um parágrafo único ao art. 549, com o seguinte teor: “Art. 549. (...) Parágrafo único. A ação de nulidade pode ser intentada mesmo em vida do doador”. A proposta confirma o entendimento doutrinário atual, que pode ser invocado na prática sucessionista.¹⁸⁷

Outro ponto relevante é o fato de que, embora o artigo da redução das doações infelicitosas esteja inserido no capítulo destinado à colação, instituto que será analisado a seguir, todas as doações que, no momento de sua realização, excedam metade do patrimônio disponível do doador serão consideradas infelicitosas e estarão sujeitas à redução, e não são somente aquelas doações que devem ser colacionadas.

¹⁸⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6. p. 584.

Também não se pode confundir a redução por doação inoficiosa com a redução das disposições testamentárias, que trata de disposições previstas em testamento que atinjam a quota parte de reserva legítima. Essa redução de disposição testamentária está prevista no artigo 1.967 do Código Civil, com a seguinte redação:

Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1^o—Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

§ 2^o—Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida no parágrafo antecedente.

O principal ponto de diferenciação das duas formas de proteção da legítima no que diz respeito às liberalidades, está no momento de aferição ou verificação do valor. A doação é feita em vida pelo *de cuius*, e seus efeitos são imediatos à liberalidade. Já a disposição testamentária é feita para que se produza efeitos somente após a morte do testador. Desta forma, em caso de liberalidade que afronte a reserva legítima, o critério utilizado para calcular a redução é diferente em cada um dos casos, conforme explica Arnaldo Wald:

É preciso salientar que o critério para redução das disposições testamentárias em favor de herdeiros necessários não é o mesmo aplicável em relação às doações inoficiosas. São reduzíveis as quotas de herdeiros que ultrapassam a parte disponível, ou seja, a metade dos bens do falecido, no momento da abertura da sucessão, após a dedução das despesas do funeral e dos débitos. São inoficiosas e reduzíveis, por esse motivo, as doações em que o doador diminuiu o seu patrimônio de mais da metade do que lhe pertence no momento em que fez a doação. Nota-se, pois, que são diferentes os momentos em que se aprecia o patrimônio do falecido para reduzir as disposições testamentárias e as doações feitas em vida.¹⁸⁸

¹⁸⁸ WALD, Arnaldo. Direito Civil - direito das sucessões. v. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.

Essa dupla forma de aferição dos valores para fins de eventual redução deságua em mais um ponto delicado e altamente criticável das normas de direito sucessório brasileiro. Isso porque a proteção da legítima será calculada em dois momentos diversos, explica-se: se for o caso de redução de disposição testamentária, o cálculo da legítima será feito com base nos bens que o *de cuius* possuía no momento da abertura de sua sucessão, sendo este momento o de seu falecimento. No entanto, se for o caso de redução por doação inoficiosa, a base de cálculo para verificação da inoficiosidade será o momento da realização da liberalidade, ou seja, o momento da doação. Allan Viana Júnior, em sua dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, exemplifica muito bem a problemática:

Não se trata, aqui, de calcular duas legítimas diversas, mas sim de uma proteção que se afigurará em dois momentos diversos. Exemplificando, tem-se que se um auto da herança, ainda em vida, possuir o patrimônio de 100 e resolve fazer uma doação no valor de 70. Essa doação seria inoficiosa por transpor a parte disponível do patrimônio. Assim, ainda em vida, o indivíduo é tolhido do seu direito de dispor do patrimônio por uma quota legítima fictícia.¹⁸⁹

O autor ainda explica que o termo “legítima fictícia” foi escolhido por sequer sabermos se, no momento do falecimento do doador, existirão herdeiros necessários.¹⁹⁰

Neste cenário, algumas considerações são importantes. Se o cálculo da disponibilidade patrimonial é remetido ao momento da realização da doação, qualquer doação que exceda a parte disponível que o doador tinha no momento da liberalidade será considerada inoficiosa, ainda que o doador, agora falecido, tenha constituído um patrimônio muito maior do que o que ele possuía no momento da doação e este valor, calculado no momento da abertura da sucessão, não caracterizaria afronta a legítima.

Se, no entanto, entendermos como a corrente seguida por Flávio Tartuce, de que é possível ação de nulidade por doação inoficiosa, com o doador ainda em vida,

¹⁸⁹ VIANA JÚNIOR, Allan. A Construção de Uma Teoria da Imputação no Direito Sucessório Brasileiro. Dissertação de Mestrado. 2017. p. 101.

¹⁹⁰ VIANA JÚNIOR, Allan. A Construção de Uma Teoria da Imputação no Direito Sucessório Brasileiro. Dissertação de Mestrado. 2017. p. 101.

possibilitaria a verificação da inoficiosidade da doação imediatamente à sua ocorrência, o que acarreta algumas consequências, como se verá a seguir.

A primeira é a contrariedade ao artigo 2.007, §2º do CC brasileiro, que cria uma dependência da abertura da sucessão para a apuração da redução, ao prever que as reduções serão feitas pelos valores apurados na abertura da sucessão. A segunda é que, enquanto não se operar a abertura da sucessão, com o evento morte do doador, o que se tem é uma mera expectativa de direito por parte dos herdeiros necessários, pois até que a abertura ocorra, muito pode acontecer, inclusive o próprio herdeiro que tem interesse na nulidade da parte inoficiosa vir a falecer antes o doador. Outra crítica que se faz é o fato de que, se essa disposição tem o intuito de proteger os herdeiros, ela se mostra ineficaz pela facilidade em se driblar o cômputo, pois se este é realizado levando-se em conta o momento da doação, basta que o doador faça pequenas doações espaçadas no tempo, em que cada uma delas não ultrapasse metade do patrimônio no momento de sua realização. Assim, aos poucos, o doador irá se desfazer de seu patrimônio sem que isso configure inoficiosidade.¹⁹¹

Uma última crítica é que há uma limitação da autonomia privada ainda mais preocupante, pois a legítima somente é calculada no momento de abertura da sucessão, por disposição expressa do artigo 1.847, sendo que o cálculo da aferição da inoficiosidade remetida ao momento da liberalidade ocorre sobre uma legítima que ainda sequer pode ser calculada contabilmente, pois só será contabilizada quando se operar o evento morte.

Em qualquer caso, seja admitindo a possibilidade de ação imediatamente após a liberalidade, ou somente após a abertura da sucessão, fato é que a escolha do legislador em remeter a aferição da inoficiosidade com base no patrimônio existente no momento da doação acarreta problemas que estão diretamente ligados, primeiramente, à própria forma como a legítima é, ainda, disposta e protegida em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, é importante registrar que, países como Itália, Portugal e Espanha que também possuem reserva de quota hereditária correspondente à legítima - como visto

¹⁹¹ VIANA JÚNIOR, Allan. A Construção de Uma Teoria da Imputação no Direito Sucessório Brasileiro. Dissertação de Mestrado. 2017. p. 104-105.

- dispõem de meios jurídicos de proteção em caso de afronta à reserva, e possibilita o manuseio dos mecanismos para buscar a redução de liberalidades que excedam a parte disponível, ou seja, aquela que o *de cuius* tem o direito de livremente dispor.

3.6 A colação

A análise do instituto da colação também é relevante para o presente trabalho, pois faz parte do processo de inventário e tem como objetivo garantir a igualdade entre os herdeiros na partilha dos bens deixados pelo falecido. É mais bem conceituada pela doutrina como “uma conferência dos bens da herança com outros transferidos pelo de cuius, em vida, aos seus descendentes, promovendo o retorno ao monte das liberalidades feitas pelo autor da herança antes de falecer, para uma equitativa apuração das quotas hereditárias dos sucessores legitimários”.

A matéria é regulada pelos artigos 2.002 a 2.012 do Código Civil de 2002, bem como no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 639 a 641. A finalidade do instituto consiste em igualar as legítimas, de forma que se torna obrigatório aos herdeiros necessários, trazer à conferência, bens que tenham sido recebidos através de doação, ainda em vida do ascendente comum. Há, portanto, uma presunção de que a doação de ascendente para descendente, em vida, constitui adiantamento de legítima, conforme preceitua o artigo 544 do Código Civil brasileiro.

Trata-se, portanto, de mais um instituto cujo objetivo principal é a proteção da reserva legitimária, pois o próprio artigo 2.003 do Código Civil dispõe expressamente que “a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente.” O donatário que não trazer à colação os bens recebidos em vida do ascendente comum estão sujeitos à pena civil de sonegados.¹⁹²

¹⁹² Cf. ensinamentos de Carlos Maximiliano, “sonegado é tudo aquilo que deveria entrar em partilha, porém foi ciente e conscientemente omitido na descrição de bens pelo inventariante, não restituído pelo mesmo por sucessor universal, ou soado a herdeiro e não trazido à colação pelo beneficiado pela liberalidade. A falta proporsitada constitui ato de má-fé; por isso, a lei a fulmina com especial penalidade.” MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 3. p. 404.

O direito espanhol também contempla a colação e a conceitua como a operação contábil que os herdeiros necessários devem realizar, consistente em agregar ao monte hereditário o valor das doações que tiverem recebido do *de cuius* por dote, doação ou qualquer outro título lucrativo, com a finalidade de computar essas quantidades tanto no cálculo e para fixação das legítimas, quanto na conta de partilha.¹⁹³

No entanto, com relação ao direito espanhol, pode-se dizer que existem dois tipos de colações. A primeira é a prevista no artigo 818, que na realidade consiste em uma "computação" de doações: as chamadas "doações colacionáveis". Essas não podem ser entendidas apenas como aquelas recebidas pelos herdeiros legítimos, de acordo com a doutrina e jurisprudência. Na realidade, trata-se de uma computação de todas as doações feitas pelo falecido, tanto a favor dos herdeiros legitimários quanto a favor de estranhos. Sua finalidade é proteger a intangibilidade quantitativa da legítima, verificar se o falecido disponibilizou mais bens por doação do que poderia dispor em testamento, o que representaria um prejuízo e uma violação da reserva da legítima. Portanto, após realizar o cálculo das doações e sua atribuição às diferentes partes em que o patrimônio é dividido, será verificado se a ação de redução de legados e doações deve ser utilizada.

Já a colação propriamente dita é regulamentada nos artigos 1035 e seguintes do Código Civil espanhol, e sua finalidade não é a proteção da legítima. Esse instituto consiste em uma operação inerente à fase de partilha da herança quando vários herdeiros que também são herdeiros legitimários concorrem. Não é uma operação imposta de forma imperativa ao falecido, mas sim uma regra de caráter dispositivo que depende da vontade do falecido, pois ele pode dispensar a realização da colação, conforme estabelecido no artigo 1036 do Código Civil. Seu fundamento geralmente é encontrado na presunção da vontade do *de cuius*, pois geralmente busca-se a igualdade e o critério de equidade entre os herdeiros ou descendentes.

¹⁹³ “El Código Civil define la colación como la operación contable que deben realizar los herederos forzosos, consistente en agregar a la masa hereditaria el valor de las donaciones que hubiesen recibido del causante por dote, donación u otro título lucrativo, con la finalidad de computar tales cantidades no solo en la fijación de las legítimas (art. 818 CC), sino también en la cuenta particional (art. 1.035 a 1.050 CC)”. *In*: SIMARO, Clara Gago. Las donaciones en la sucesión hereditaria (cómputo, imputación y colación). Tesis doctoral. Universidad de Oviedo. 2019. p. 313. – tradução livre.

Neste sentido, as doações colacionáveis são apenas aquelas recebidas pelos herdeiros que são herdeiros legítimos.

Apesar do texto legal não contemplar expressamente a figura do cônjuge, há uma corrente doutrinária que entende ser ele, também, destinatário do dever de colacionar os bens recebidos por doação, sugerindo uma revisão no conceito da colação se dirigir apenas aos descendentes.¹⁹⁴

No artigo 2.005 do Código Civil brasileiro há a possibilidade de realizar a denominada “dispensa de colação”, desde que expressamente outorgada pelo doador no próprio título da liberalidade ou em testamento. Como já defendido, não configura, propriamente, dispensa, pois o valor da liberalidade não deixará de ser levado em consideração na realização do cálculo contábil da colação. O que ocorre, na verdade, é imputação do bem doado na parte disponível. Isso permite que o doador estabeleça quinhões diferentes aos seus herdeiros, desde que a liberalidade não ultrapasse o limite máximo da parte disponível, respeitando, assim, a reserva mínima do quinhão legítimo.¹⁹⁵

A maior parte dos ordenamentos jurídicos contempla a necessidade de igualar aos demais beneficiários do *de cuius*, no momento da partilha, os valores dos bens recebidos graciosamente por um deles, quando ainda vivo o autor da herança. Esse entendimento também constitui herança da tradição romanística, pois os sistemas sucessórios do Direito Romano sempre recorreram à ideia da colação para trazer ao cálculo os bens doados em vida, presumindo a lei que todo bem recebido em vida por descendente de ascendente, pressupõe uma antecipação daquilo que teria direito a receber somente no momento do falecimento do doador.

Toda a construção do direito de sucessões está concretada em institutos que visam proteger a inafastabilidade, inflexibilidade e imutabilidade da reserva legítima, de forma que toda e qualquer investida no quinhão destinado aos herdeiros

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 595.

¹⁹⁵ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

necessários, será imediatamente modificada para se restaurar a parte da legítima, sendo essa proteção quase que absoluta e independentemente das circunstâncias, da vontade do doador ou mesmo das peculiaridades do caso concreto.

3.7 A proibição de pactos sucessórios: o *pacta corvina*

Os pactos sucessórios, ou também chamado *pacta corvina*, constituem antiga vedação e limitação da liberdade contratual no que diz respeito à matéria do contrato. Em sentido amplo, a noção de pactos sucessórios pode se constituir como o negócio jurídico bilateral celebrado entre duas pessoas vivas cuja finalidade é dispor sobre a sucessão, ainda não aberta, de um dos contratantes ou de terceiros, por meio da instituição de um legado, atribuição de qualidade de herdeiro ou mesmo uma renúncia antecipada.¹⁹⁶

De Plácido e Silva explica que “o pacto sucessório pretende regular a sucessão futura, em relação aos próprios contratantes ou a respeito da sucessão havida pela morte de terceiro, seja para alterar a ordem legal dela ou para investir um dos contratantes em direito que o outro ainda não possui.”¹⁹⁷

A repulsa e hostilidade da contratualização de herança de pessoa viva remonta, também, ao Direito Romano, pela análise de casos concretos em que se decidiu pela invalidade de negócios jurídicos desta natureza, embora não houvesse regra genérica de pactos sucessórios. Posteriormente, os fundamentos decisórios desses casos concretos foram introduzidos no Código de Justiniano.¹⁹⁸

¹⁹⁶ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 16.

¹⁹⁷ SILVA. De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1000.

¹⁹⁸ Rafael Cândido da Silva exemplifica: “Em caso envolvendo a instituição contratual de herdeiro, durante o Baixo Império, Diocleciano expôs a sua opinião ao ser consultado. A constituição do imperador foi no sentido de considerar sem valor a cláusula constante do pacto dotal que instituiu o marido como herdeiro dos bens extradotais da mulher, entendendo ser contrária aos princípios fundamentais do direito sucessório, notadamente à liberdade de testar. Em outras palavras, a herança somente poderia ser imputada a estranhos unicamente através do testamento (*haereditas extraneis testamento datur*). Essa conclusão acabou por ser posteriormente reproduzida no Código Civil de Justiniano, firmando as primeiras bases acerca dos princípios que justificam a vedação de negócio jurídico bilateral de instituição de herdeiro.” SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 17-18.

Sobre as razões da proibição, explica-se que “parte de uma presunção de imoralidade em se realizar um negócio jurídico especulando sobre a morte de outrem, já que, para haver herança, pressupõe-se a ocorrência desse fato jurídico”.¹⁹⁹ Antes da morte, somente o titular do patrimônio pode dele dispor. A razão de cunho moral para a vedação dos pactos sucessórios é explicada por José Fernando Simão:

A grande razão trazida pela doutrina é de cunho moral e seus efeitos perante a sociedade. É o chamado *votum alicujus mortis*. O contrato que transfere a herança de pessoa viva só produz efeitos após a morte daquele que tem o bem ou bens transferidos. Assim, desperta-se o desejo de morte ou de antecipação de morte, daquele de quem a herança se trata.²⁰⁰

Pontua esse mesmo autor, como uma segunda razão, “é a possível pressão a que se sujeitaria o herdeiro. Se ele puder, com o autor da herança ainda vivo, dispor da herança, em momento de dificuldade financeira momentânea estaria tentado a cedê-la onerosamente.”²⁰¹

O artigo 426 do Código Civil Brasileiro dispõe, *in verbis*: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”, ao reproduzir *ipsis litteris* o artigo 1.089 da codificação civil anterior, de 1916. A pena legal aplicada em caso de violação é a nulidade absoluta virtual do negócio jurídico, ou seja, quando a lei proíbe a prática sem, no entanto, cominar sanção.²⁰²²⁰³

¹⁹⁹ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁰⁰ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/#:~:text=O%20contrato%20que%20transfere%20a,que%20se%20sujeitaria%20o%20herdeiro>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁰¹ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/#:~:text=O%20contrato%20que%20transfere%20a,que%20se%20sujeitaria%20o%20herdeiro>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁰² Código Civil Brasileiro. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

²⁰³ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

Já o Direito Espanhol consagra uma vedação geral e absoluta de realização de pactos sucessórios, pois o proíbe em, ao menos, duas disposições legais. Primeiro, no artigo 658 do Código Civil Espanhol, quando indica os modos de devolução da sucessão *causa mortis* e limita à “vontade do homem manifestada em testamento e, na falta deste, por disposição da lei”²⁰⁴. Posteriormente, veda expressamente em seu artigo 1271-2 do Código Civil ao dispor que “a sucessão futura não poderá ser objeto de contratos outros que visem praticar entre vivos a divisão de capital ou outras disposições de repartição.”²⁰⁵ No entanto, é importante frisar que apesar dos pactos sucessórios serem vedados no direito civil comum espanhol, é aceito em algumas comunidades autônomas com competência em matéria de direito civil, como Galiza, País Basco e Catalunha.²⁰⁶

José Fernando Simão a partir de uma comparação com o Direito luso, propõe modificações no texto - em vista da previsão genérica de proibição do *pacta corvina* - e sugere uma abordagem relativizada para incluir algumas exceções que possibilitem aos nubentes escolher diferentes regimes de bens a depender se a causa de dissolução do vínculo é por morte ou por divórcio: “há uma lógica que adota o sistema português com relação ao casamento e ao regime de bens. O fim do casamento pela morte não pode gerar idênticos efeitos que o fim do casamento pelo divórcio.”²⁰⁷

A sugestão do autor seria acrescentar um parágrafo único ao artigo 426 do Código Civil com a seguinte redação: “Por meio de pacto antenupcial, os nubentes podem convencionar que em caso de dissolução do casamento por morte, a partilha

²⁰⁴ Código Civil Español. Artículo 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda, legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

²⁰⁵ Código Civil Español. Artículo 1271-2. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

²⁰⁶ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 36.

²⁰⁷ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em:

se faça por qualquer dos regimes previstos no Código Civil, ainda que distinto daquele convencionado.”²⁰⁸

A opinião desta autora já foi anteriormente registrada com a concordância de que “a modificação legislativa seria de grande ajuda para fortalecer os instrumentos de planejamento sucessório no ordenamento jurídico brasileiro.”²⁰⁹, ao incluir regras pontuais, específicas e excepcionais no Código Civil e na legislação extravagante. Desse modo, haveria derrogação do art. 426 naquilo que fosse contrário às regras especiais, sem prejuízo de poder, também, simplesmente reformar o próprio art. 426 do Código Civil. Como já exposto, a inclusão de uma ressalva no começo do artigo com “salvo nos casos expressamente permitidos” seria uma forma ainda mais singela, porém bastante eficaz, de solucionar grande partes dos problemas.²¹⁰

3.8 A legítima x princípio da autonomia privada

A autonomia privada é um princípio caracterizante e fundante do Direito Privado. Ela pode ser entendida como a manifestação, tutelada pelo ordenamento constitucional, da liberdade jurídica conferida aos particulares de livremente agir no exercício e na regência de seus interesses, desde que não prejudiquem outras pessoas e estejam em conformidade com os valores e as normas do Direito. Francisco Amaral conceitua a autonomia privada como “o poder que os particulares têm de

²⁰⁸ SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: [²⁰⁹ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.](https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/#:~:text=O%20contrato%20que%20transfere%20a,que%20se%20sujeitaria%20o%20herdeiro. Acesso em 06 de março de 2023.</p></div><div data-bbox=)

²¹⁰ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.”²¹¹

Rose Meireles destaca que “a liberdade jurídica corresponde a toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico. Para os particulares, ser livre juridicamente significa ter a liberdade de agir lícitamente, a qual existe sempre que não haja vedação, o que se resume na máxima: o que não é proibido, é permitido.”²¹²

Trata-se de uma interpretação lógica do previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal Brasileira que dispõe que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei. Desse enunciado podemos extrair que a autonomia privada seria toda atividade humana livremente manifestada, não proibida por lei.”²¹³

Quando contrapomos o conceito e ideia da autonomia privada com as normas regulatórias da sucessão *causa mortis*, inevitavelmente a primeira limitação legal ao pleno exercício da vontade se encontra justamente no instituto da legítima. A destinação compulsória e obrigatória de metade do patrimônio do *de cuius* – no caso do ordenamento jurídico brasileiro – configura uma sucessão imperativa, que muitas vezes se estabelece contra a sua vontade. A limitação é tão presente que, qualquer disposição, em vida, do autor da herança, que viole a quota determinada por lei reservada a determinadas classes de herdeiros, sofrerá com os mecanismos legais de proteção da legítima – redução das liberalidades.

Ressalte-se, neste momento, que a autonomia privada não se confunde com autonomia da vontade. A autonomia da vontade, que vigorava após as revoluções do século XVIII, era exageradamente individualista²¹⁴ e, a partir do século XIX, passou a

²¹¹ AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345.

²¹² MEIRELES, Rose Melo Venelau. Autonomia privada e dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 64.

²¹³ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 125.

²¹⁴ Daniel Sarmiento, ao discorrer sobre o individualismo, pontua: “O individualismo baseia-se em concepção atomizada da sociedade, que relega a um plano secundário os laços sociais e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas. Nas suas versões mais radicais, subjacentes ao discurso jurídico filosófico do Estado liberal-burguês, os indivíduos são vistos como abstrações racionais e incorpóreas. Não se dá atenção às suas carências materiais, aos seus sentimentos, aos

sofrer críticas, pois o direito não mais dava conta das complexas problemáticas que surgiam a partir do absoluto exercício das liberdades individuais.²¹⁵ A partir de então, foi necessária uma intervenção, a fim de que a atuação humana recebesse um freio em benefício dos interesses sociais, a partir da inserção nos institutos jurídicos da função social. Neste cenário, encontramos a autonomia privada que concede aos sujeitos de direito liberdade no agir, porém sempre com observância à função social e aos interesses da coletividade. A autonomia é, portanto, limitada pelo interesse social. Gustavo Tepedino explica essa mudança da autonomia da vontade para a autonomia privada:

De outra parte, têm-se as relações jurídicas patrimoniais e a autonomia privada. A noção de autonomia privada, como concebida nas codificações do Século XIX, dá lugar à autonomia privada alterada substancialmente nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No que se refere ao aspecto subjetivo, observa-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. [...] Por outro lado, a mudança no aspecto objetivo da autonomia privada revela-se no sentido de que novos interesses existenciais se sobrepõem aos interesses patrimoniais que caracterizavam os bens jurídicos do passado. As categorias do direito privado devem ser reconstruídas, a partir do surgimento de situações jurídicas inteiramente novas. [...] Por fim, a forma dos atos jurídicos, que se voltava no passado exclusivamente para a segurança patrimoniais, no sentido de proteger as transferências patrimoniais *inter vivo* e *causa mortis*, especialmente no que tange aos bens imóveis, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade.²¹⁶

seus vínculos sociais, à sua corporalidade.” SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 43.

²¹⁵ “Na prática, o discurso em favor dos direitos do homem então vigente não se traduzia em emancipação social. Sob a égide do Estado liberal-burguês, vicejou a miséria e a exploração econômica dos pobres. A isonomia apenas formal revelou-se insuficiente para assegurar uma vida digna para os seguimentos vulneráveis das sociedades. Campeava então a opressão dos mais fracos pelos mais poderosos, paradoxalmente mascarada pela própria retórica da igualdade. [...] Generalizou-se a percepção de que o absentismo estatal gerava não apenas níveis de desigualdade social intoleráveis, como também patologias no próprio funcionamento do mercado, possibilitando o surgimento de monopólios, oligopólios, cartéis etc.” SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 47.

²¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p. 14-15.

A Constituição Federal brasileira contempla em seu artigo 1º, inciso IV a livre iniciativa como fundamento da República orientada para justiça, liberdade e solidariedade (art. 3º, I, CF), sempre com observância ao princípio da função social (art. 170, III). Também o Código Civil brasileiro, em esfera infraconstitucional, condiciona a liberdade de contratar ao exercício em razão e nos limites da função social (art. 421, CC) e prevê a pena de nulidade para os negócios jurídicos particulares realizados sem a observância desse preceito (art. 2.035, parágrafo único, CC).²¹⁷

O ponto de tensão existente entre as normas de direito sucessório relativas à legítima reside exatamente quando a confrontamos com a autonomia privada de autodeterminação do destino patrimonial para após a morte, e a solidariedade social, mais especificamente, a solidariedade familiar para fins de manutenção do patrimônio do núcleo familiar do *de cuius*, sob o pretexto de se garantir o mínimo para uma existência digna aos descendentes ou ascendentes e o cônjuge ou companheiro – sendo esses os considerados herdeiros necessários pela legislação brasileira. Carlos Lasarte explica:

como é natural, o legislador (de qualquer época ou momento e dentro do seu correspondente território) acaba optando por fixar um sistema sucessório em que, se queira ou não, está implicada a tensão existente entre a liberdade de testar e a fixação de uma cota reservada de forma obrigatória em favor dos familiares do testador.²¹⁸

O autor ainda acrescenta que “quase nenhum dos sistemas normativos relativamente evoluídos vem se estabelecendo de forma pura e absoluta, optando, geralmente, por promover uma combinação de ambas as posições sobre o tema.”²¹⁹ Rafael Cândido da Silva, ao explanar sobre a evolução do nosso ordenamento jurídico, explica que “diferentemente das transmissões *inter vivos*, a legislação não teve grandes avanços no sentido de ampliar ou regular novos espaços de

²¹⁷ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 127.

²¹⁸ LASARTE, Carlos. Derecho de Sucesiones. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011, vol. VII. p. 189 *apud* VEIGA, Melissa Ourives. A possibilidade de flexibilização da legítima à luz da técnica da derrotabilidade das normas. Dissertação de mestrado. 2017. Fortaleza. p. 75.

²¹⁹ LASARTE, Carlos. Derecho de Sucesiones. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011, vol. VII. p. 189 *apud* VEIGA, Melissa Ourives. A possibilidade de flexibilização da legítima à luz da técnica da derrotabilidade das normas. Dissertação de mestrado. 2017. Fortaleza. p. 75.

manifestação da autonomia privada”.²²⁰ O autor ainda explica que, visando dar concretude à vontade do testador e mesmo para reduzir a carga tributária sobre a herança, os juristas têm buscado meios de combinar as estruturas jurídicas. Porém, essas iniciativas encontram outro obstáculo na vedação genérica e irrestrita de sucessão contratual - os pactos sucessórios - ainda que em seu conteúdo haja sintonia e observância dos valores promocionais.²²¹

Não há como negar que a política de harmonização dos interesses e observância das questões sociais não só são importantes sob o ponto de vista valorativo, como necessário sob o ponto de vista de observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, quando mantemos um ordenamento jurídico fechado, inflexível e absoluto na questão de reserva hereditária, sem qualquer possibilidade de adequação ou flexibilização a partir da análise do caso concreto, pendemos a balança de forma desproporcional e cerceamos sobremaneira a autonomia privada, que poderia, em muitos casos, perfeitamente ser mais presente e observada.

Na visão da autora portuguesa, Rita Lobo Xavier, da qual concordamos, “um rígido sistema de legítima que garanta, em qualquer caso, uma parte do património do falecido aos seus descendentes, com independência da sua situação económica ou das suas necessidades parece desadequado.”²²² Nota-se, com isso, que a corrente doutrinária que defende, há algum tempo, uma reestruturação da forma de tratamento da legítima não é característica exclusiva do Brasil.

Pode-se até argumentar: mas metade do patrimônio é disponível para manifestações de última vontade - por meio de testamento ou codicilo -, e a outra metade não é - o que constitui a legítima - então está equilibrado. No entanto, não é bem assim que ocorre. Em um estado de direito que preza e busca a todo tempo garantir a liberdade individual, a intervenção e a limitação estatal precisam ser pontuais e ocorrerem quando, de fato, há necessidade. A presente pesquisa busca

²²⁰ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 128.

²²¹ SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Dissertação de mestrado. 2017. p. 128-129.

²²² XAVIER, Rita Lobo. Para quando a renovação do Direito sucessório português? Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil, Coordenação de Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 601.

exatamente refletir sobre a necessidade iminente de adequação e atualização das normas relativas ao instituto da legítima no ordenamento jurídico pátrio mormente porque as atuais normas não se mostram mais condizentes com a realidade social e familiar. As razões ou fundamentos axiológicos da legítima, galgados ainda na herança romana-germânica, em muitos casos não encontram mais espaço. Talvez a solução encontre amparo na ética Aristotélica *in médio, virtus* – a virtude está no meio, criando mecanismos para equilibrar e harmonizar a observância da autonomia privada com a necessária e indispensável proteção da dignidade da pessoa humana. Como será demonstrado nos próximos capítulos do trabalho, quando da análise da proteção de vulneráveis, alguns ordenamentos jurídicos - como Argentina, Espanha, França - já contemplam dispositivos de tratamento diferenciado, no caso de herdeiros com vulnerabilidade.

Os efeitos jurídicos da limitação na liberdade de escolher o destino patrimonial, em casos em que haveria espaço para uma relativização ou flexibilização, reverberam em diversos ramos do direito, inclusive o Direito Empresarial. A junção de empresa, propriedade e familiar existente nas chamadas empresas familiares não ficam alheias às consequências do engessamento da proteção da legítima e, em muitos casos, sofre com problemáticas internas irreversíveis quando do falecimento de algum sócio, assunto que será objeto do capítulo seguinte.

Evidente que a ideia não é advogar por um retrocesso ao exercício da autonomia privada de forma irrestrita e ilimitada, mas reservar à intervenção estatal o espaço que lhe cabe como protetor dos interesses coletivos, dos grupos vulneráveis e das situações excepcionais, principalmente em se tratando de direito patrimoniais, no qual a esfera individual, na maioria das vezes, se sobrepõe aos interesses da sociedade. A proporcionalidade e a razoabilidade devem vigorar em todas as questões que busquem nivelar a balança entre interesse particular e interesse social. Ao nosso ver, há muito espaço para a atuação da autonomia privada dentro da seara do direito de sucessões, muito mais do que, atualmente, é permitido, em face das limitações à disposição patrimonial para efeitos *post mortem*.

4 A EMPRESA FAMILIAR E A LEGÍTIMA

A relação entre a empresa familiar e a legítima será objeto de discussão, e conseqüentemente deste estudo, a partir de suas convergências e incongruências que ocorrem entre o Direito Empresarial e o Direito de Família.

Nessa esteira, esse capítulo é dedicado ao estudo da empresa familiar, a partir da compreensão de seu conceito, características e relevância, para em seguida unir as problemáticas que surgem dos ecos das normas e dos preceitos de sucessão causa mortis, dentro das práticas empresariais, o que, por muitas vezes, pode dificultar ou inviabilizar a própria continuidade da atividade da empresa.

Nos últimos anos, houve um aumento significativo no interesse ao estudo das empresas familiares, não somente sob a ótica jurídica, mas sociológica, psicológica, histórica, econômica e de administração de empresas.²²³ Esse aumento dos estudiosos pode ser atribuído ao fato de que houve uma mudança de paradigmas, que passou a compreender a complexidade e importância deste instituto para o meio empresarial de qualquer país, sem contar a relevância socioeconômica das empresas familiares, que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, representam 65% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.²²⁴

Já na União Europeia, Ania Granjo Ortis, em sua tese de doutorado, afirma que, em 2015, existiam mais de 14 milhões de empresas familiares, e representam 50%

²²³ A título de exemplo, vide: García Aráoz, Rodolfo, Lucero Bringas, María de los Angeles, & Ribbert, Elsa Erica. (2023). LA GESTIÓN DEL DESEMPEÑO EN LA EMPRESA FAMILIAR. *Ciencias administrativas*, (21), 1. Disponível em <https://dx.doi.org/https://doi.org/10.24215/23143738e109>; RODRIGUES, Luana Aparecida; SANTOS, Mayara Souza dos; ENDO, Gustavo Yudo; CASEMIRO, Ítalo de Paula; PEDRO, Josélia Galiciano. Empresas familiares: problemas antigos e desafios contemporâneos. *Revista Livre de Sustentabilidade e Empreendedorismo*. v. 8, n. 1, p. 211-232, jan-fev. 2023. Disponível em <http://habitats.relise.eco.br/index.php/relise/article/view/638/741>; LÓPEZ, Y.; RAMÍREZ, D.; HERNÁNDEZ, A.; DUQUE, P. Mapeo científico de la investigación a nivel mundial sobre riqueza socioemocional y empresas familiares. *Estudios Gerenciales*, v. 39, n. 167, p. 233-247, 30 jun. 2023. Disponível em https://www2.icesi.edu.co/revistas/index.php/estudios_gerenciales/article/view/5656

²²⁴ SAMPAIO, Luciano. Empresas familiares e plano de sucessão. PwC Brasil, 2019. Disponível em <https://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/artigos/empresas-familiares-e-plano-de-sucessao.html#:~:text=Dados%20do%20Instituto%20Brasileiro%20de,75%25%20dos%20trabalhadores%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em 10 de março de 2023.

do PIB, além de oferecerem no mercado de trabalho do setor privado, mais de 60 milhões de empregos.²²⁵

Vitor Belmonte e Wesley por sua vez explicam que

estima-se que entre 65% e 80% das empresas a nível mundial são familiares, desde as microempresas às mundialmente conhecidas, como Wal-Mart e Fidelity Investments, Isso pode ser ilustrado pelo fato de que, entre as 500 maiores empresas listadas pela Revista Fortune, cerca de 40% são detidas ou controladas por famílias (...). Consequentemente, esse segmento empresarial apresenta uma importante contribuição socioeconômica para os países.²²⁶

No entanto, apesar da relevância e importância das empresas familiares para a geração de riquezas e empregos de um país, o que ocorre é que muitas delas não conseguem sobreviver ao fenômeno sucessório, e muitas sequer chegam além da segunda geração.²²⁷ Ao nosso ver, isso ocorre, dentre outros fatores, pela falta de planejamento sucessório empresarial, mas, principalmente, em muitos casos, em razão da impossibilidade de um planejamento sucessório efetivo em razão de limitações legais ao exercício da disposição patrimonial para efeitos *post mortem*.

É certo que, no processo investigado das empresas familiares, podem surgir questões e problemáticas das mais diversas naturezas e, com isso, muitos caminhos investigativos se mostram possíveis. No presente estudo, para melhor exposição dos objetivos pretendidos, optou-se por dividir esse capítulo em cinco tópicos principais. No primeiro, realizou-se uma breve recuperação do conceito de empresa familiar, onde buscou-se esclarecer alguns aspectos centrais para as discussões posteriores. No segundo, abordou-se as características, os desafios e a relevância da empresa familiar a justificar a sua utilização como exemplo das dificuldades que a sucessão legítima pode apresentar, até mesmo no campo do Direito Empresarial. Os mais

²²⁵ ORTIS, Ania Granjo. ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL: El método ARBICOF. Tesis doctoral. Valencia, 2015. p. 437.

²²⁶ BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria. v.6, n. 1. Jan./Mar. 2013. p. 72

²²⁷ ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56

importantes princípios que regulam as normas empresariais foram estudados no terceiro capítulo. Já no quarto, dedicou-se à análise da problemática que envolve a interferência e as repercussões da sucessão *causa mortis* a partir da junção entre os institutos de propriedade, empresa e família, especialmente quando verificada com o falecimento do sócio fundador que se encontra na administração da empresa para, ao final, no último tópico do capítulo, apresentar alguns dos instrumentos de planejamento sucessório mais tradicionais.

4.1 Conceito de empresa familiar

A primeira questão a ser enfrentada, quando do estudo direcionado às empresas familiares, é a conceitual, e antes de adentrarmos efetivamente em sua conceituação, é necessário fazer alguns comentários sobre o que a doutrina chama de “imprecisão técnica”²²⁸ da expressão *empresa familiar*.

Segundo Eduardo Goulart Pimenta e Maíra Leitoguinhas de Lima Abreu:

Conforme se extrai da definição de empresário expressa no art. 966 do Código Civil, empresa é a atividade econômica exercida profissionalmente e de forma organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Não há dúvidas de que a empresa é a atividade e empresários são os sujeitos titulares de direitos e obrigações que exercem tal atividade. É o empresário que, nos termos do Código Civil, tanto pode ser a pessoa física que se dedica a atividade empresarial em seu nome e por sua conta e risco (o empresário individual) quanto também a pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade, para o exercício de empresa (as chamadas sociedades empresárias).²²⁹

Para fins do presente estudo, quando nos referimos a “empresa familiar”, estamos nos referindo, na verdade, às sociedades empresariais que, por serem controladas e terem seu quadro societário composto por sócios ligados por laços

²²⁸ Cf. ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*. estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

²²⁹ ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*. estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

familiares, possuem características *sui generis*, e problemáticas próprias da junção entre família e empresa - aqui entendida como a atividade desenvolvida.

Não há um consenso ou mesmo um conceito fechado do que seja empresa familiar. E, de fato, é evidente a dificuldade em se adotar um conceito jurídico, pois o próprio conceito de “família” como visto no segundo capítulo deste estudo, não tem - e nem pode - encerrar uma definição fechada, pela própria abertura conceitual que a família tem, exatamente para abarcar todas as formas de manifestação e constituição familiar.

Roberta Nioac Prado destaca-se pelas definições precisas de empresa familiar:

(i) a empresa familiar é aquela que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações, pois é a segunda geração que, ao assumir a propriedade e a gestão, transforma a empresa em familiar; (ii) é familiar quando a sucessão da gestão está ligada ao fator hereditário; (iii) é familiar quando os valores institucionais e a cultura organizacional da empresa se identificam com os da família; (iv) é familiar quando a propriedade e o controle acionário estão preponderantemente nas mãos de uma ou mais famílias.²³⁰

Em estudo realizado por Sharma, Chrisman e Chua, essa dificuldade de encerramento conceitual ou mesmo de teorias que justifiquem e expliquem o desenvolvimento dessa junção entre empresa e família se mostra muito presente, pois há citação de mais de trinta conceitos diferentes. Ao final da exposição de diversas, os autores apresentam a própria definição de empresa familiar como sendo um negócio governado e/ou gerenciado de forma sustentável, potencialmente intergeracional, para moldar e talvez buscar a visão formal ou implícita do negócio mantida por membros da mesma família ou de um pequeno número de famílias. Para os autores, essa definição é importante e necessária do ponto de vista da gestão estratégica porque implica que há objetivos sendo perseguidos, uma estratégia desenhada para atingir esses objetivos, e mecanismos em vigor para implementar a

²³⁰ PRADO, Roberta Nioac (Coord.). Empresas familiares - governança corporativa, governança familiar e governança jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 20.

estratégia e controlar o progresso da empresa em direção ao alcance de seus objetivos.²³¹

Ania Granjo Ortis, por sua vez, conceitua a empresa familiar como uma organização econômica, unipessoal ou societária, dedicada a uma atividade comercial ou profissional com clara vinculação familiar, por laços afetivos de consanguinidade e/ou afinidade, e/ou convivência, que ostenta a maioria ou a totalidade do controle da empresa e ativamente o exerce com participação nos órgãos decisórios de gestão e administração e com clara intenção de continuidade baseada em uma filosofia própria caracterizada pelo fundador ou fundadores.²³²

Consolación Pascual García pontua que apesar de existirem compreensões conceituais distintas, e, portanto produzir uma certa dificuldade jurídica em sua operação, não podemos deixar de mencionar que a maioria das dificuldades estão pautadas em suas próprias constituições, e ainda, na lacuna existente no contexto legal, que deveria possibilitar esse reconhecimento de forma clara, o que evitaria as inúmeras dicotomias que ocorrem nas discussões judiciais, especialmente devido às inúmeras configurações familiares que se apresenta no contemporâneo.²³³

Assim, concorda-se com Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Andrade Feres de que as problemáticas das compreensões conceituais e constitucionais da Empresa Familiar decorrem inicialmente da dificuldade de se abarcar no contemporâneo a definição jurídica do contexto de família. Mesmo que se tenha encontrado como saída

²³¹ "We define family business as a business governed and/or managed on a sustainable, potentially cross-generational, basis to shape and perhaps pursue the formal or implicit vision of the business held by members of the same family or a small number of families. This definition is important from a strategic management perspective because it implies that there are goals being pursued, a strategy designed to fulfill those goals, and mechanisms in place to implement the strategy and control the firm's progress toward the achievement of its goals." SHARMA, P.; CHRISMAN J. J.; CHUA, J. H. Strategic Management of the Family Business: Past Research and Future Challenges. Family Business Review, v. 10, n. 1, p. 1-35, 1997. Texto original

²³² "De esta forma definimos a la empresa familiar como una organización económica, unipersonal o societaria, dedicada a una actividad comercial o profesional con clara vinculación familiar, por lazos afectivos de consanguinidad y/o afinidad, y/o convivencia, que ostenta la mayoría o la totalidad del control de la empresa y lo ejerce activamente participando en los órganos decisorios de gestión y administración y con una clara vocación de continuidad sustentada en una filosofía propia caracterizadora del fundador o fundadores." ORTIS, Ania Granjo. ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL: El método ARBICOF. Tesis doctoral. Valencia, 2015. p. 23.

²³³ GARCIA, Consolación Pascual García. Empresa Familiar: Mujer y Sucesión. Tese apresentada à UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, 2012.

o reconhecimento de que a família seria o conjunto de pessoas que se une por vínculo afetivo ou conjugal, ao se trabalhar com este contexto com relação ao reconhecimento da empresa familiar, incorre-se sobre as dimensões que envolvem as questões patrimoniais, especialmente no sentido de herança e sucessão.²³⁴

Assim, adotaremos para este estudo a compreensão de Consolación Pascual García de que a empresa familiar seria aquela de há um grau de envolvimento dos membros de uma ou mais famílias. Independente do porte desta instituição, a direção sempre estará centrada no relacionamento familiar. Ou ainda, que as empresas familiares são aquelas que são controladas e gerenciadas por membros da mesma família, e muitas vezes têm uma história e tradição passadas de geração em geração.²³⁵

Esse contexto irá nortear as discussões que serão evidenciadas no tópico seguinte.

4.2 Características, desafios e relevância da empresa familiar

As empresas familiares, apesar de oferecerem benefícios como comprometimento, lealdade e coesão familiar, elas também podem apresentar desafios, especialmente quando se trata de implementar uma gestão profissional. Victor Antonio Barros Belmonte e Wesley Ricardo de Souza Freitas executaram um quadro no qual apontam as vantagens e desvantagens dessas empresas:

²³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade. Empresa Familiar: Estudos Jurídicos. Ed. Saraiva, 2014.

²³⁵ GARCIA, Consolación Pascual García. Empresa Familiar: Mujer y Sucesión. Tese apresentada à UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, 2012.

Tabela 1- Vantagens e desvantagens das empresas familiares²³⁶

VANTAGENS	DESVANTAGENS
-O interesse em torno de um patrimônio comum, que gera sentimento de unidade.	-A concorrência entre os familiares pode levar ao <i>stress</i> e à perda do foco, deixando a empresa em segundo plano e prejudicando os negócios.
-A sucessão de herdeiros competentes que poderão dar sustentabilidade e continuidade ao negócio.	-A existência de nepotismo, em que todos querem viver do dinheiro da empresa, mas nem todos têm talento ou mesmo interesse em trabalhar por ela.
-O sentimento de ter um negócio próprio que pode gerar motivação, responsabilidade e prazer.	-A dificuldade em demitir integrantes devido ao laço familiar.
-O conhecimento dos membros da família, inclusive do provável sucessor. Aqui também cabe a questão de fazer com que os membros comecem a conhecer a empresa desde cedo e a se sentirem parte, ainda que não trabalhem nela.	-A falta de separação entre o que deve ser vivenciado na empresa e o que deve ser vivenciado em família.
-O conhecimento profundo da empresa e, com isso, o desenvolvimento de melhores chances de suportar dificuldades e buscar soluções.	-A utilização da estrutura da empresa para fins particulares: ligações, impressões, salas, funcionários.
-A criação de forte relação de credibilidade e confiança com os clientes, uma vez que os clientes gostam de se sentir em casa, em um ambiente familiar.	-A impunidade perante o descumprimento de regras, o que gera sentimento negativo, especialmente em funcionários que veem o próprio superior sem a preocupação devida com a empresa.

²³⁶ BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza Freitas. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria, vol. 6, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 71-89

Como já aludido anteriormente, os desafios que envolvem o contexto da empresa familiar estão na própria fundamentação da definição de família. Embora Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Andrade Feres tenham adotado o reconhecimento da socioafetividade, apontasse a necessidade de que o início da união se dê com intuito conjugal. No entanto, já se sabe que muitas famílias constituídas no contemporâneo são formadas sem que necessariamente haja este vínculo.²³⁷

Tiago Franco da Silva Gomes aponta que as empresas familiares, além dos desafios que ocorrem no cotidiano de qualquer empresa, apresentam desafios peculiares, especialmente problemas associados entre a qualidade de vínculo e convivência entre os familiares, que serão capazes de afetar negativamente seu desempenho e longevidade.²³⁸

Neste mesmo sentido Victor Antonio Barros Belmonte e Wesley Ricardo de Souza Freitas consideraram que as dificuldades também podem variar de acordo com o perfil de constituição e envolvimento de membros:

²³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade. Empresa Familiar: Estudos Jurídicos. Ed. Saraiva, 2014.

²³⁸ GOMES, Tiago Franco da Silva. Governança corporativa e empresas familiares – Análise dos instrumentos de governança corporativa para empresas familiares. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 135-152, maio/ago. 2014

Tabela 2- Desafios de acordo com o perfil e envolvimento dos familiares²³⁹

Fases	Características	Desafios
Proprietário controlador	<ul style="list-style-type: none"> -Controle por um empresário ou por um casal; -Se houver outros sócios, eles não têm influência na gestão da empresa. 	<ul style="list-style-type: none"> -Atingir a capitalização; -Conseguir o equilíbrio entre interesses do empresário e de <i>stakeholders</i>; -Escolher uma estrutura de controle de capital para a geração seguinte.
Sociedade entre irmãos	<ul style="list-style-type: none"> -Dois ou mais irmãos possuem o controle do capital; -Controle da posse de uma geração de irmãos. 	<ul style="list-style-type: none"> Desenvolver um processo de partilha de controle entre empresários; -Definir o papel dos sócios familiares que não trabalham na empresa; -Reter lucros; -Controlar os interesses dos vários ramos da família.
Consórcio de primos	<ul style="list-style-type: none"> -Muitos primos como acionistas; -Mistura de acionistas com funções na empresa e outros sem funções. 	<ul style="list-style-type: none"> -Gerir a complexidade da família e do grupo de acionistas; -Criar um mercado de capitais entre os membros da família.

Gomes ainda aponta que os conflitos familiares podem se manifestar em decisões empresariais, liderança e cultura organizacional, levando a empresa a trabalhar de forma não profissional, ou ainda, de reter talentos, já que a atuação dos

²³⁹ BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza Freitas. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria, vol. 6, núm. 1, janeiro-março, 2013, pp. 71-89

colaboradores sempre será limitada, e, delimitadas por aqueles que eventualmente estão fazendo parte da liderança.²⁴⁰

As dificuldades envolvendo a questão de uma liderança profissional, também foi apresentada no estudo de Victor Antonio Barros Belmonte e Wesley Ricardo de Souza Freitas, que consideram que em muitos casos, as decisões empresariais são influenciadas por considerações emocionais ou pessoais, como a manutenção do poder ou a preservação da harmonia familiar.²⁴¹ Para os autores, isso pode levar a uma falta de objetividade na tomada de decisões e a decisões inadequadas para a empresa.

Outro desafio, ao nosso ver, é a falta de profissionalismo no gerenciamento da empresa. Membros da família podem não ter a formação adequada ou a experiência necessária para liderar uma empresa com sucesso. Além disso, eles podem não estar dispostos a delegar responsabilidades ou a contratar profissionais qualificados de fora da família, o que pode limitar o potencial de crescimento e inovação da empresa.

Muitas empresas familiares tendem a se concentrar no curto prazo e nas necessidades imediatas da empresa, em vez de pensar em estratégias e investimentos a longo prazo. Isso pode prejudicar a sustentabilidade da empresa e limitar sua capacidade de inovar e crescer. Assim, Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede ressaltam que a sucessão da gestão e propriedade de uma empresa familiar de uma geração para outra pode ser uma tarefa complexa e delicada. Os membros da família podem ter expectativas diferentes sobre quem deve liderar a empresa e como a gestão deve ser conduzida, e isso pode levar a conflitos e tensões familiares.

²⁴²

Gomes também ressalta que as empresas familiares enfrentam não apenas problemas típicos relacionados à concentração de poder acionário, tais como a possibilidade de exploração de benefícios privados inapropriados, mas também

²⁴⁰ GOMES, Tiago Franco da Silva. Governança corporativa e empresas familiares – Análise dos instrumentos de governança corporativa para empresas familiares. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 135-152, maio/ago. 2014

²⁴¹ BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza Freitas. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria, vol. 6, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 71-89

²⁴² MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. Holding Familiar e suas vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do plano de sucessão familiar. Ed. Gens e Atlas, 2018.

precisam lidar com o desafio significativo de seus membros serem frequentemente multifacetados. Na verdade, esses membros geralmente ocupam diversos papéis na empresa familiar, incluindo acionistas, diretores ou funcionários, além de muitas vezes serem parentes de outros acionistas, diretores ou funcionários. Em muitos casos, eles combinam todas essas funções.²⁴³

Porém, concorda-se com Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede de que a qualidade de uma empresa de caráter familiar não é, em si, um fator decisivo para o sucesso ou fracasso do empreendimento. A realidade comprova que existem organizações que têm como principal mérito não serem de cunho familiar. O sucesso delas é baseado na ausência de caráter familiar. Além disso, não são desconhecidos casos de empresas que, ao optarem pela gestão familiar e renunciarem a uma administração profissional, passaram por crises econômico-financeiras, frequentemente devido à falta de compreensão por parte dos gestores familiares sobre sua estrutura, dinâmica e funcionamento.²⁴⁴

Além disso, mais uma questão central deve ser considerada no caso da empresa familiar, pois, se por um lado, a participação e envolvimento dos familiares podem ocorrer de forma diferenciada, inclusive com a ausência de um ou mais de seus membros na condução e viabilização do negócio, por outro lado, como Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede apontam, a empresa faz parte do patrimônio familiar, ou seja, mesmo aqueles que não estão envolvidos diretamente terão sua parcela patrimonial, eventual.²⁴⁵

Desta feita, o estudo parte da perspectiva do imbricamento da lacuna legal para suportar as questões que envolvem as complexas discussões sobre a sucessão familiar quando o instituto da legítima interfere nas questões empresariais. Assim, na sequência será observado, ainda de forma breve, a relevância na empresa familiar para o desenvolvimento social e econômico no contexto brasileiro.

²⁴³ BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza Freitas. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. *Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo, 2013, pp. 71-89

²⁴⁴ MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do plano de sucessão familiar*. Ed. Gens e Atlas, 2018.

²⁴⁵ MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do plano de sucessão familiar*. Ed. Gens e Atlas, 2018.

No que diz respeito a relevância das empresas familiares, é importante destacarmos como esse modelo de atividade comercial foi e ainda continua sendo importante para o desenvolvimento do Brasil, independentemente de seu porte, a fim de entendermos a importância da manutenção de sua natureza e de uma transmissão exitosa geracional.

De acordo com Sérgio Gonçalves, até a década de 1950, quase a totalidade das empresas que atuavam no Brasil eram empresas familiares, atuando praticamente em todos os segmentos da economia.²⁴⁶

Segundo dados do Sebrae, cerca de 90% das empresas no Brasil são familiares, o que demonstra a relevância desse tipo de negócio para a economia brasileira. Apesar da grande maioria serem de pequeno ou médio porte, as empresas familiares de grande porte também possuem grande representatividade, especialmente para geração de empregos, e desenvolvimento socioeconômico.²⁴⁷

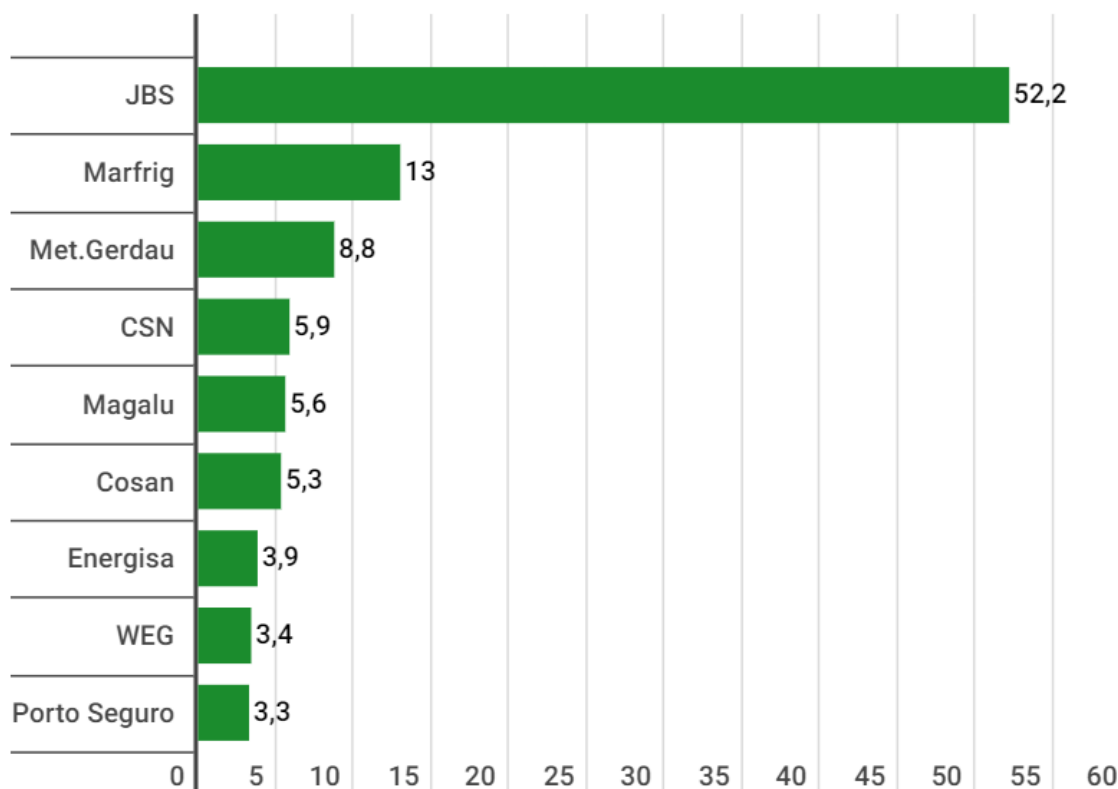
A Agência E.Y, e a Universidade de St. Gallen, na Suíça, divulgaram em 2021, um ranking comendo as maiores empresas familiares do mundo. Nesta lista aparecem dez empresas brasileiras, são elas: 1) Marfrig Global Foods S.A., 2) Metalúrgica Gerdau S.A., 3) Votorantim Participações S.A., 4) Companhia Siderúrgica Nacional, 5) Magazine Luiza S.A., 6) Cosan Ltda., 7) Energisa S.A, 8) WEG S.A) Porto Seguro S.A., e 10) JBS S.A.²⁴⁸

Essa listagem apontou que estas empresas detêm um faturamento anual de cerca de 101,4 bilhões de dólares, correspondendo a terceira maior economia do mundo. O Ranking das empresas familiares brasileiras aparece da seguinte forma:

²⁴⁶ GONCALVES, J SERGIO. As empresas familiares no Brasil. RAE Light • v. 7 • n. 1 • p. 7-12 • Jan./Mar. 2000.

²⁴⁷ SEBRAE. Característica das empresas do Brasil. Disponível em www.sebrae.org.br. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

²⁴⁸ Disponível em https://www.ey.com/pt_br/agencia-ey/noticias/brasileiras-estao-entre-as-maiores-empresas-familiares-do-mundo-#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20JBS%20S.A.%2C%20outras,S.A.%20e%20Porto%20Seguro%20S.A.. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

Figura 1- Faturamento das 10 maiores empresas familiares do Brasil²⁴⁹**Os 10 maiores grupos familiares do país por faturamento**

Esses números demonstram que as empresas familiares no contexto brasileiro representam uma grande e importante parcela no desenvolvimento socioeconômico nacional, razão pela qual não estão excluídas do manto da funcionalização do direito privado nem da necessidade de sua preservação, exatamente por serem dotadas de função social. Dessa forma, é indispensável reservar um espaço para análise dos princípios mais importantes que regem a disciplina de Direito Empresarial.

²⁴⁹ https://www.ey.com/pt_br/agencia-ey/noticias/brasileiras-estao-entre-as-maiores-empresas-familiares-do-mundo-#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20JBS%20S.A.%2C%20outras,S.A.%20e%20Porto%20Seguro%20S.A.

4.3 O princípio da função social e o princípio da preservação da empresa - necessidade de manutenção da natureza das empresas familiares

Apesar da relevância e representatividade das empresas familiares, há uma deficiência de normas específicas que regulem a matéria. O ordenamento jurídico brasileiro não contempla tratamento como um tipo societário específico. Sua normatização fica a cargo das regras gerais de disciplina de direito empresarial, as específicas do tipo societário sob o qual a empresa atuará, e, de forma residual, regras de direito civil e leis esparsas. Eduardo Pimenta e Maíra Abreu explicam que já existem ordenamentos jurídicos que prestam atenção especial e dedicam algumas regras específicas para regular a atividade empresarial exercida por família, como é o caso da Itália.²⁵⁰

O direito empresarial não é alheio nem tampouco excluído dos efeitos da funcionalização dos institutos jurídicos de direito privado, inaugurada com o advento da Constituição Federal de 1988. A afirmação e observância do interesse público é baliza que define, limita e regula o exercício e a atuação das liberdades individuais. Essa tendência jurídica contemporânea, como vimos quando da análise do princípio da autonomia privada, é decorrência do exagero e da exacerbação no exercício das faculdades do indivíduo no Estado liberal-burguês, o que gerou um desequilíbrio. A intervenção estatal com vista a proteger os interesses sociais é importante para restabelecer o equilíbrio que deve existir entre a autonomia privada e os fins sociais.

A função social da empresa, atualmente, configura um dos mais importantes princípios que regem o exercício da atividade empresarial e societária, e, embora não tenha previsão expressa, se trata de princípio constitucional implícito e geral extraído

²⁵⁰ Os autores explicam que o ordenamento jurídico italiano confere uma proteção exclusiva ao familiar que participa dessa atividade, salvo se for considerado relação diversa, em regime de caráter subsidiário ao trabalhista: Art. 230-*bis* - *Impresa familiare* - Salvo che configurale un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità alla qualità del lavoro prestato. Na tradução dos autores: "Salvo se configurar relação diversa, o familiar que presta de modo contínuo atividade de trabalho da família ou na empresa familiar tem direito à manutenção segundo a situação patrimonial da família e participa dos lucros da empresa familiar e dos bens adquiridos em decorrência do incremento do estabelecimento comercial, bem como do aviamento, proporcionalmente à quantidade e qualidade do trabalho prostrado." ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*. estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50-51.

da função social da propriedade consagrada pelo artigo 5º, inciso XXIII, e art. 170, III, ambos da Constituição Federal brasileira. Fábio Ulhoa Coelho, a partir dos ensinamentos de Fábio Konder Comparato, explica como ocorre essa extração:

A propriedade dos bens de produção deve cumprir a função social, no sentido de não se concentrarem, apenas na titularidade dos empresários, todos os interesses juridicamente protegidos que os circundam. A Constituição Federal reconhece, por meio deste princípio implícito, que são igualmente dignos de proteção jurídica os interesses metaindividuais, de toda a sociedade ou de parcela desta, potencialmente afetados pelo modo com que se empregam bens de produção. Por bens de produção, como conceito jurídico, devem-se compreender todos os reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento comercial. Embora sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objetos de *leasing* etc.), é fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração de atividade econômica.²⁵¹

Esse poder de decisão do empresário sobre a forma de exploração dos bens de produção é que deve se orientar pelo princípio da função social. O autor explica, ainda que “a empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.”²⁵²

A função social da empresa comumente é trabalhada atrelada a ideia de responsabilidade social. Segundo Eduardo Tomasevicius Filhos “a responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade.”²⁵³ É importante ressaltar, no entanto, que a observância aos fins sociais que a exploração e o exercício da atividade econômica deve ter não anula ou afasta o principal função da empresa que é o lucro. Significa dizer que, inicialmente, é preciso

²⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 75.

²⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

²⁵³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais. n. 92. abr. 2003. p. 33-50..

verificar a função específica da empresa, que é a busca pelo lucro para, em seguida, atrelar essa busca à sua função social e ao exercício responsável da atividade empresarial.²⁵⁴

Essa atuação responsável será exercida quando observados e respeitados os princípios constitucionais limitadores da livre iniciativa, elencados no artigo 170 da Constituição Federal, quais sejam: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Nas palavras de Gladston Mamede, “colorário do *princípio da função social da empresa* é o *princípio da preservação da empresa*, metanorma que é diretamente decorrente daquela anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.”²⁵⁵

A preservação da atividade e da estrutura empresarial é, inegavelmente, assunto de interesse da coletividade. A empresa ativa, atuante, gera empregos, circula riquezas, produz bens ou fornece serviços. Já empresa extinta não beneficia ninguém. Os efeitos deletérios da paralisação ou extinção das atividades empresariais não ficam restrito única e exclusivamente ao empresário ou aos sócios de uma sociedade empresária, mas atingem a todos que negociam direta ou indiretamente com a empresa. Ela deixa de gerar empregos, deixa de circular riquezas e conseqüentemente não recolhe tributos, dentre tantas outras conseqüências que afetam e prejudicam toda a sociedade.

A hermenêutica de diversos preceitos jurídicos reflete o princípio da preservação da empresa. A título de exemplo, cita-se o artigo 974 do Código Civil²⁵⁶ que permite que o incapaz continue com a empresa após interdição, ou recebida por

²⁵⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.) Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 345

²⁵⁵ MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação profissional. v.1. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

²⁵⁶ Código Civil. Art. Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

sucessão hereditária ou mesmo grande parte dos preceitos da Lei 11.101/2005 que regula o procedimento falimentar e a recuperação de empresas, na qual podemos notar, claramente, a intenção da lei em sempre buscar a recuperação e o soerguimento da empresa em crise, deixando o instituto da falência reservado aos casos em que não haja viabilidade recuperatória.

Como expõe Marlon Tomazette ao relacionar a preservação com as normas de recuperação de empresa:

Como corolário da função social da empresa surgiu o princípio da preservação da empresa, o que é, sem dúvida, o mais importante na interpretação da recuperação judicial. Trata-se de um princípio porque decorre de uma das finalidades da recuperação judicial e é o princípio mais importante, porque dele decorre o objetivo principal do instituto da recuperação judicial. Outrossim, sua consagração está presente ao longo de diversos dispositivos da Lei nº 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade.²⁵⁷

É claro, que todos os demais princípios e normas jurídicas, o princípio da preservação da empresa não é absoluto, nem se traduz na ideia de que as atividades empresariais não possam ser encerradas. Atrelada a esse princípio está a viabilidade econômica, política e financeira de preservação da empresa. Preservam-se e recuperam-se empresas que são viáveis de serem recuperadas ou preservadas. Mas não só. Há de se reconhecer o encerramento da empresa como algo comum e normal das relações jurídicas.

Desta feita, a percepção do princípio da preservação da empresa se dá pelos impactos de seu encerramento, não necessariamente um juízo de valor. Existem casos, por óbvio, nos quais os impactos sociais negativos da manutenção da exploração da atividade econômica são maiores do que aqueles advindos do seu encerramento. Nesses casos, deve-se vigorar, novamente, a ponderação dos efeitos negativos e positivos de cada caminho que pode ser tomado.

A relevância da preservação da empresa no presente estudo é de vital importância quando analisamos os conflitos sucessórios de empresa familiar e sua

²⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52

consequente preservação, especialmente preservação mantendo-se a sua natureza familiar, notadamente quando presentes as disputas familiares pelo controle ou poder dentro da empresa, após recebimento de quotas por sucessão hereditária forçada²⁵⁸, como será estudado na sequência.

4.4 A empresa familiar e o direito sucessório - problemas e dificuldades da sucessão *causa mortis* da empresa familiar e a dificuldade de planejamento sucessório efetivo

Um dos objetivos mais importantes que circunda o estudo das empresas familiares, gira em torno de transmitir, de forma exitosa, a empresa para a próxima geração, e esse objetivo é, também, o seu principal desafio.

Nesse sentido, João Bosco Lodi sequer identifica uma sociedade como familiar se ela estiver na primeira geração. Para ele, uma sociedade de primeira geração poderia ser considerada, no máximo, pessoal e define, portanto, a sociedade familiar como aquela “que se identifica com uma família há pelo menos duas gerações e quando essa ligação resulta numa influência recíproca.”²⁵⁹

No entanto, não é a realidade de muitas sociedades familiares. O que ocorre é que muitas das empresas que nascem já vinculadas aos laços familiares de seus sócios, sequer sobrevivem à primeira sucessão, como explicam Eduardo Goulart Pimenta e Máira Leitoguinhas de Lima Abreu:

No Brasil, estima-se que 60% das sociedades familiares são transferidas para a segunda geração e, destas, apenas 30% chegam aos netos dos fundadores. Esse fenômeno, na realidade, é uma tendência mundial. Na Itália, por exemplo, afirma Vallone, onde cerca de 80% das sociedades são familiares, menos de 50% delas permanecem à segunda geração e menos de um quinto desta, à terceira.²⁶⁰

²⁵⁸ Dizemos forçada em decorrência do recebimento das quotas pelos herdeiros pela sucessão legítima, uma vez que, a depender do patrimônio deixado pelo *de cuius* no momento de seu falecimento, não havia possibilidade de disposição livre e autônoma das quotas hereditárias, pois atingiria a reserva legal da legítima.

²⁵⁹ LODI, João Bosco. A empresa familiar. 4.ed. São Paulo: Pioneira, 1978. p. 5.

²⁶⁰ ABREU, Máira Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*. estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

Na Espanha, um dos países que mais se dedica a estudar os problemas de transferência generacional das empresas familiares, o cenário não muda. Consolación Pascual García em sua tese de doutorado defendida na *Facultad de Ciencias Económicas Y Empresariales* da Universidade de Córdoba explica:

Na Espanha, a metade das empresas familiares não chega a cumprir 5 anos. Entre as que sobrevivem, 66% desaparecem com a transferência da propriedade para a segunda geração. Ou seja, somente um terço chega à segunda geração. 83% das empresas familiares morrem antes de alcançar a terceira geração e, de resto, só dez a cada cem alcançam a quarta (Gallo y Garcia Pont, 1989).²⁶¹

Qualquer que seja o tamanho da empresa familiar, média, grande ou pequena, é certo que ela desempenha um papel de extrema importância para o desenvolvimento econômico, social e político do país, de forma que sua continuidade, na linha da observância dos princípios da função social e da preservação da empresa, se apresenta como questão relevante socialmente.

Renato Bernhoeft explica que não há como se tratar a questão da sucessão das empresas familiares somente com os aspectos lógicos da administração, pois envolve questões muito mais complexas. Segundo o autor:

O processo sucessório na empresa familiar é assunto relevante e ao mesmo tempo delicado. Não pode ser tratado apenas sob os aspectos puramente lógicos da administração, pois envolve pontos afetivos e emocionais, relacionados com a própria estrutura familiar. Existem seis pontos focais fundamentais que devem ser encarados para que esse processo não comprometa a sobrevivência da empresa. São eles: o sucedido, o sucessor, a organização, a família, o mercado e a comunidade.²⁶²

²⁶¹ “En España, la mitad de las empresas familiares no llega a cumplir los cinco años. Entre las que sobreviven, el 66% desaparece en el traspaso de la propiedad a la segunda generación. Es decir, que sólo un tercio llega a la segunda generación. El 83% de las empresas familiares muere antes de alcanzar la tercera generación y, del resto sólo diez de cada cien alcanzan la cuarta (Gallo y García Pont, 1989)”. GARCÍA, Consolación Pascual. Empresa familiar: mujer y sucesión. Tesis doctoral. Córdoba, 2012. p. 79. Tradução livre.

²⁶² BERNHOEFT, Renato. Empresa familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida. 2.ed. São Paulo: Nobel, 1989. p. 23-24.

A problemática da transmissão e continuidade da empresa familiar se subdivide, grosso modo, em duas questões: a sucessão empresarial por ato *inter vivos* e a sucessão empresarial por ato *causa mortis*. Apesar das questões relevantes que podem ser esmiuçadas e estudadas dentro dos desdobramentos dos da transmissão por ato *inter vivos* da empresa, como por exemplo preparação gerencial, capacitação, operações societárias, dentre outros, o foco desse estudo se restringe à análise das dificuldades de sucessão *causa mortis*, em razão da impossibilidade, muitas vezes, de realização de planejamento sucessório efetivo do detentor da quotas sociais majoritárias, em razão dos entraves que se apresentam pela interferência e limitação do instituto da legítima.

Portanto, as considerações e a análise partem de um ponto importante: a figura do sucedido, ou seja, a figura daquele que detém as quotas sociais que serão transmitidas após seu falecimento e os impactos da limitação da legítima - da forma como disposta em nosso ordenamento jurídico - de livre disposição de suas quotas para efeitos *post mortem*.

A doutrina tradicional considera a restrição à disposição dos bens por testamento como voltada para a defesa dos interesses do núcleo familiar, como vimos quando do estudo dos fundamentos da legítima. As ideias basilares da legítima e a liberdade de disposição do patrimônio para efeitos sucessórios não são, contudo, antagônicas, tendo em vista que o direito de propriedade não é absoluto e a legítima aparece como freio à atuação individual em razão do interesse social.

Para Clóvis Beviláqua, há no direito brasileiro uma conciliação entre os dois elementos:

O direito pátrio concilia, convenientemente, os elementos pátrios em que se apoia o direito hereditário: a propriedade, elemento individual, e a família, elemento social. Elevou a porção disponível á metade dos bens, e permitiu clausular a legítima. Conceder mais ao indivíduo seria sacrificar a família, e, com ela, a sociedade, ao egoísmo indisciplinado, absorvente e cruel.²⁶³

²⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil commentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, v. 6, p. 17.

No entanto, alguns doutrinadores contemporâneos²⁶⁴, defendem uma redução do montante correspondente à legítima, corrente seguida por essa autora, e utilizam como um dos argumentos, o entrave que a limitação de metade do patrimônio representa para a efetivação plena dos planejamentos sucessórios, pois, como exposto, os testadores são obrigados a garantir e a observarem a legítima dos herdeiros necessários no negócio jurídico de disposição *mortis causa*.

Um planejamento sucessório de empresa familiar exitoso é aquele que consegue contribuir objetiva e efetivamente para o desenvolvimento e a sobrevivência da empresa. Mas, se o planejamento encontra obstáculos e limitações, pois nem todo o patrimônio daquele que planeja é disponível, o êxito e a efetividade se mostram mais difíceis de serem alcançados.

A problemática se inaugura quando não há bens suficientes na herança, fora das quotas sociais da empresa, para o sócio majoritário - muitas vezes o próprio fundador e administrador - planejar a sucessão empresarial de forma a, por exemplo, designar o controle àquele filho que esteve durante todo o tempo dentro da atividade, atuando, conhecendo sobre o negócio e sobre a gestão, e sendo preparado para suceder o comando no momento certo. Neste exemplo, suponhamos que o fundador tenha, além deste filho, cônjuge e mais 5 outros filhos, um deles fruto de outra relação não conhecida pelos demais. Se o seu patrimônio se constituir apenas nas quotas sociais da empresa, todos os filhos e o cônjuge terão de receber a sua quota parte correspondente à legítima em quotas sociais.

Com isso, surgem as disputas internas por controle societário, gestão e administração, entrada de pessoas que, apesar de fazerem parte do mesmo núcleo familiar, não mantêm qualquer relação de afeto ou convivência, além da entrada de pessoas estranhas ao próprio negócio. Aqueles conflitos advindos do recebimento de herança são todos transportados para dentro da atividade empresarial e, sem qualquer sombra de dúvidas, repercute negativamente na administração e, como consequência, no sucesso da continuidade da empresa.

²⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21. p. 87-109, jul./set. 2019, p. 93

Vemos, cotidianamente, esses conflitos resultarem na divisão da empresa, na perda de controle familiar na venda da empresa a terceiros - descaracterizando a natureza familiar da empresa - ou mesmo a sua dissolução.

Conforme ilustra Sérgio Botrel sobre a confusão entre família e empresa:

Nas *empresas familiares* a confusão empresa/família costuma colocar em risco, de um lado, a continuidade da empresa, e de outro, a harmonia do núcleo familiar. A transferência de conflitos e desavenças familiares para dentro da empresa, assim como a situação inversa (i.e. transferência de conflitos internos da empresa para a família) ocorrem com uma frequência indesejável, sendo certo que a inexistência de uma estruturação que promova a distinção empresa/família intensifica o potencial de conflito mencionado.²⁶⁵

Para Francisco Javier Olmedo Castañeda a legítima e a sucessão de da empresa parecem conceitos jurídicos incompatíveis. Segundo o autor:

A legítima e a sucessão e a sucessão da empresa familiar parecem conceitos jurídicos incompatíveis, ao representar interesses contrários: enquanto aquela supõe a distribuição (e consequentemente dispersão) do haver hereditário, no qual se inclui o patrimônio empresarial, ao impor uma mínima distribuição igualitária dele, em troca, a empresa exige continuidade na propriedade e na gestão, e por isso é aconselhável a designação de um único sucessor por parte do empresário.²⁶⁶

Uma readequação das normas de direito sucessório, principalmente direcionada a uma flexibilização a partir da análise do caso concreto, ou mesmo uma redução do montante destinado à legítima - reflexões a que esse trabalho se pretende - contribuiria para a realização de planejamentos sucessórios de empresas familiares

²⁶⁵ BOTREL, Sérgio. Mecanismos de profissionalização e preservação da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 378.

²⁶⁶ “Así pues, la legítima y la sucesión de la empresa parecen conceptos jurídicos incompatibles, al representar intereses contrarios: mientras aquella supone la distribución (y consiguiente dispersión) del haber hereditario, en el que se incluye el patrimonio empresarial, al imponer una mínima distribución igualitaria del mismo, en cambio, la empresa exige continuidad en la propiedad y en el gobierno, y por ello es aconsejable la designación de un único sucesor por parte del empresario.” CASTAÑEDA, Francisco Javier Olmedo. *La transmisión de la empresa familiar: claves jurídicas para su éxito. Propuestas de reforma legislativa*. Valencia: Tirant to Blanch, 2019. p. 99.

mais efetivos a partir de uma maior liberdade e, conseqüentemente, maior capacidade de autorregulação do sucedido para planejar a sucessão de suas quotas sociais.

4.4.1 Os efeitos da quebra da *affectio societatis* em decorrência dos conflitos familiares entre herdeiros nas empresas familiares

Os conflitos familiares transplantados para dentro da empresa familiar não são exclusivos de pequenas ou médias empresas. A problemática conflitual de sócios familiares alcança até mesmo sociedades de capital que, geralmente, têm menos chances de sofrerem com os conflitos entre os sócios.

Quando falamos de conflitos de sócios, imediatamente remete à figura da *affectio societatis* dentro do direito empresarial, ou também designada de afeição entre os sócios. O conceito de *affectio societatis* não se encontra expressamente em Lei, e foi extraído pela interpretação da doutrina e da jurisprudência.

De forma simplificada, podemos conceituar a *affectio societatis* “na intenção dos sócios de se unirem com o objetivo comum de constituírem uma sociedade e permanecerem nesta sociedade mediante manifestação de vontade expressa e livre.”²⁶⁷ É necessário, portanto, dentro do exercício da atividade empresarial, que entre os sócios haja cooperação conjunta para busca do fim comum, pautada em confiança mútua. Trata-se de elemento subjetivo, pois constitui a vontade do sócio, de efetivamente ser sócio, mas de sócio em junção de esforços com os demais que compõem o quadro societário.

Apesar dos elementos identificáveis de um contrato de sociedade serem - “(a) a pluralidade de partes, (b) fim comum econômico por meio do qual os sócios contribuem para partilhar os resultados (art. 981 do CC), (c) estruturação de uma organização,”²⁶⁸ - há uma corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que a

²⁶⁷ SALERNO, Larissa. A presença da *affectio societatis* em uma sociedade anônima de capital fechado. Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas. n.1 ano 4, 2014. Disponível em <http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/mostrarevista.php?idsum=81198> . Acesso em 10 de janeiro de 2023.

²⁶⁸ DINIZ, Gustavo Saad. Curso de Direito Comercial. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 96.

affectio societatis se trata, também, de um elemento essencial e constitutivo do contrato de sociedade.

Gustavo Saad Diniz remonta a origem da *affectio societatis* ao direito romano, especialmente em Ulpiano²⁶⁹, onde é possível identificá-la como elemento diferenciador entre a comunhão e a sociedade e explica que “por interpolações e interpretações de compiladores, os romanistas se dividem em identificar animus ou intenção na expressão da fonte.”²⁷⁰ Seria, portanto, mero traço da sociedade, e não componente genético.

Há, ainda, uma certa imprecisão conceitual na jurisprudência brasileira, pois muitas vezes é tratada como princípio²⁷¹, outras é tratada como elemento constitutivo do contrato de sociedade²⁷². Há julgados, ainda, que entendem que a ruptura ou a ausência da *affectio societatis* é causa motivadora de dissolução da sociedade, até

²⁶⁹ Dig., L. 17, T. II, 31.

²⁷⁰ DINIZ, Gustavo Saad. Curso de Direito Comercial. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 96.

²⁷¹ Como princípio, conferir: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. SÓCIO. PENHORA DE QUOTAS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a penhora de quotas sociais não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da *affectio societatis*, já que não enseja, necessariamente, a inclusão de novo sócio. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1221579 MS 2010/0204948-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/03/2016)

²⁷² Com elemento do contrato, conferir: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. AFFECTIO SOCIETATIS. RUPTURA. INEXEQUIBILIDADE DO CONTRATO SOCIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INGRESSO EM SOCIEDADE LIMITADA. DETERMINAÇÃO JUDICIAL. NÃO CABIMENTO. 1. Em ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos, o acórdão recorrido considerou que as obrigações cumpridas pela recorrida, nos termos do contrato preliminar, autorizavam sua inclusão no quadro societário da empresa da qual são sócios os recorrentes. Assim, determinou a alteração do contrato social a fim de incluí-la como sócia com base nas regras processuais que asseguram a concessão de tutela específica para o cumprimento da obrigação de fazer. 2. No tocante à extensão do cumprimento das obrigações de cada contratante, a demanda foi solucionada pelas instâncias ordinárias com ênfase na interpretação do contrato firmado entre as partes e na sua contextualização com os demais elementos fático-probatórios produzidos na instrução processual. Sob esse prisma, a pretensão recursal esbarra nos rigores contidos nas Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Em contrato preliminar destinado a ingresso em quadro de sociedade limitada, a discussão passa pela *affectio societatis*, que constitui elemento subjetivo característico e impulsionador da sociedade, relacionado à convergência de interesses de seus sócios para alcançar o objeto definido no contrato social. A ausência desse requisito pode tornar inexecúvel o fim social. Inteligência dos arts. 1.399, inciso III, do Código Civil de 1916 ou 1.034, inciso II, do Código Civil de 2002, conforme o caso. 4. Apresenta-se incabível provimento jurisdicional específico que determine o ingresso compulsório de sócio quando ausente a *affectio societatis*, motivo pelo qual se impõe a reforma do acórdão recorrido para decretar a resolução do contrato, a fim de que se resolva a questão em perdas e danos. 5. Recurso especial provido em parte. Sentença restabelecida. (STJ - REsp: 1192726 SC 2010/0083659-8, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/03/2015)

mesmo nas sociedades anônimas de capital fechado que, por sua própria natureza de sociedade de capital²⁷³, geralmente, não há a presença da *affectio societatis*.

Apesar de grande parte da doutrina seguir entendimento diverso, há muito já seguimos o entendimento de que a *affectio societatis* é elemento indispensável, se não para a continuidade da atividade empresarial, ao menos para sua condução e gestão exitosa.

O entendimento de Sérgio Campinho é seguido neste estudo:

A evolução dos fatos sociais vem conduzindo à necessidade de se admitir a visualização, em certas estruturas de sociedades anônimas com capital fechado, de um caráter personalista a fundamentar sua criação e dinâmica na exploração do objeto social. Não são raros os casos em que se identifica a figura dos sócios, nestas sociedades, como elemento fundamental e preponderante da formação societária. Elas vivem e progridem atreladas à qualidade pessoal dos sócios que integram o quadro de acionistas, sendo determinantes, entre outros fatores, o conhecimento e confiança recíprocos, a capacitação de todos os membros para o negócio, o escopo de gerar e manter a riqueza circunscrita a um grupo fechado etc.²⁷⁴

As sociedades familiares - aqui também designadas de empresa familiar - são exemplos de sociedades que podem operar sob o tipo anônima fechada e que, não há como negar o seu caráter *intuitu personae*, pois não há nenhuma outra instituição tão fundamentalmente pessoa e que demande tanto a observância de “afeto” como a familiar. E como visto, essas sociedades são constituídas a partir de uma junção e sobreposição de família e empresa.

²⁷³ Sobre sociedade de capital e sociedade de pessoas, é importante lembrarmos que não há sociedade sem a presença dos dois elementos: pessoas e capital. No entanto, o que irá diferenciar uma sociedade de pessoas e uma sociedade de capital é exatamente a preponderância de um desses elementos sobre o outro, e não a existência de um e inexistência de outro. Portanto, quando “a afinidade, intimidade, confiança e atributos morais e pessoais entre os sócios constituir fator preponderante e indispensável ao regular e bom funcionamento da empresa, trata-se de uma sociedade de pessoas.” A *contrario sensu*, quando a figura do capital for o elemento preponderante, e as qualificações e atributos dos sócios configurarem elemento de importância secundária, estaremos diante de uma sociedade de capital. As sociedades anônimas, sejam de capital aberto ou de capital fechado são, por natureza, sociedades de capital. Cf. SALERNO, Larissa. A presença da *affectio societatis* em uma sociedade anônima de capital fechado. Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas. n.1 ano 4, 2014. Disponível em <http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/mostrarrevisa.php?idsum=81198> . Acesso em 10 de janeiro de 2023.

²⁷⁴ CAMPINHO, Sérgio. Curso de Direito Empresarial: Sociedade Anônima. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 882.

Nesse sentido, a quebra, ausência ou ruptura da *affectio societatis* entre os sócios de uma empresa familiar, cotidianamente verificada entre herdeiros após o recebimento das quotas sociais por sucessão hereditária, inegavelmente repercute nas questões organizacionais e gerenciais da empresa. É um abalo na estrutura interna empresarial resulta em crises societárias, má administração e, conseqüentemente, no próprio sucesso da continuidade do negócio.

São derivados desse cenário, situações de inviabilidade em se continuar a exploração e o exercício da atividade econômica, ou, antes que se chegue a essa situação, há a transferência do negócio a terceiros que, ausentes as características *sui generis* das empresas familiares, perdem a natureza de que foram constituídas. Qualquer desses possíveis resultados citados de conflitos entre os herdeiros na sociedade familiar, uma característica é comum a todos: não era essa a intenção nem o objetivo do sócio fundador - nesse cenário, o sucedido - quando da constituição da empresa.

Em razão dos problemas e conflitos entre sócios - que podem surgir pela sucessão *mortis causa* da empresa familiar e conseqüente quebra da *affectio societatis* - há uma tendência contemporânea de difundir e criar meios legais de tentar evitar, ou ao menos minimizar, a ocorrência desses conflitos, ou seus impactos, caso ainda ocorram, prática que a doutrina denomina de planejamento sucessório e que será mais bem abordada no tópico seguinte.

4.5 Instrumentos tradicionais de planejamento sucessório familiar

Diversos instrumentos ou mecanismos se apresentam, atualmente, como aliados no planejamento sucessório, em busca a uma maior autonomia da disposição patrimonial para efeitos *post mortem*, apesar das limitações encontradas para um pleno exercício da autonomia privada – como visto as principais sendo a legítima e a proibição do *pacta corvina*.

A doutrina conceitua o planejamento sucessório como o “instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”.²⁷⁵

Trata-se, assim, do conjunto de negócios e atos jurídicos realizados ou praticados por uma ou várias pessoas ligadas entre si por alguma relação jurídica sucessória ou familiar, com objetivo de organizar a partilha do patrimônio de um deles e evitar possíveis conflitos futuros que possam surgir com seu falecimento, além do intuito de concretizar e efetivar a vontade e autonomia da disposição patrimonial do proprietário dos bens cujo planejamento sucessório disporá.

Antes de adentrarmos na análise breve dos instrumentos mais tradicionais, é importante lembrarmos que, apesar da existência deles à disposição para organização da sucessão patrimonial, ela não é plena, e as limitações outrora estudadas, principalmente a tutela e proteção da legítima no patamar de 50% como ainda disposto no nosso ordenamento jurídico, representa entrave significativo para a efetivação ou posterior eficácia dos objetivos do planejamento sucessório, especialmente por configurar uma limitação quase absoluta da autonomia privada.

Apesar da doutrina apontar diversos mecanismos e instrumentos possíveis de serem manejados para atingir referido objetivo, o intuito do trabalho abordará aqueles mais tradicionais e mais utilizados, merecendo destaque o testamento, as doações e a constituição de *holdings* familiares e os protocolos familiares em empresas.

4.5.1 Testamento

O testamento, quando estudamos Direito das Sucessões, representa a principal forma de expressão e manifestação do exercício da autonomia privada, e configura o instrumento mais antigo e mais tradicional de planejamento sucessório. É concebido como uma das “faculdades resultantes do direito de propriedade”²⁷⁶. Flávio Tartuce

²⁷⁵ TEIXEIRA, Daniele. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35.

²⁷⁶ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado de direito das sucessões. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II. p. 404.

explica que a palavra vem de “*testatiomentis*, que significa a atestação da vontade, a confirmação daquilo que está na mente do autor da herança.”²⁷⁷

O testamento, nesse sentido, representa a vontade expressa do falecido, ocupando o lugar da sucessão legítima, cujo pressuposto é a presunção de vontade do *de cuius* que faleceu sem deixar disposição de última vontade. Como estudado quando da origem romana do Direito das Sucessões, a modalidade de sucessão testamentária representava a regra, de forma que as disposições deixadas pelo autor da herança por meio de testamento, deviam ser respeitadas e seguidas.

O Código Civil brasileiro de 1916 conceituava o testamento em seu artigo 1.626, *in verbis*: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. O atual Código Civil de 2002 não reproduziu essa conceituação, nem tampouco adotou outra em seu lugar, ficando tal encargo às construções da doutrina clássica e contemporânea.

Inclusive o texto conceitual do antigo código civilista já era objeto de críticas, pois contemplava na conceituação de testamento apenas o seu conteúdo patrimonial, ao passo em que o instrumento era utilizado, também, para disposições de caráter extrapatrimonial ou existencial, como por exemplo direito morais do autor, destinação de material genético para reprodução assistida *post morte*, ou até mesmo contemplar conteúdo de ordem ética²⁷⁸, como transmitir aos sucessores valores morais, de condutas, etc cabendo trazer as lições de Zeno Veloso, para quem “o testamento é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo em parte, ou faz determinações não patrimoniais, para depois de sua morte”.²⁷⁹

²⁷⁷ TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 349.

²⁷⁸ Ideia de “testamento ético” extraída dos ensinamentos do professor da PUCRJ Mário Roberto Carvalho de Faria. *In*: FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas “Formas” de Testamento. Revista IBDFAM, edição 10, abr. 2014.

²⁷⁹ VELOSO, Zeno. Código Civil comentado. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.089.

O Código Civil espanhol, por sua vez, conceitua expressamente o testamento, em seu artigo 667, ao dispor que: “*El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento.*”²⁸⁰

Apesar de toda sua bagagem temporal e histórica, principalmente no Direito Romano onde o ato de testar era a regra que se observava, fato é que, atualmente, o que se percebe é uma diminuição significativa na elaboração de testamentos, no Brasil. A ordem de sucessão hereditária presumida da lei configura hoje a maioria dos casos. Não se sabe dizer, ao certo, o porquê desse costume ter diminuído com o tempo, se por falta de conhecimento, burocracia, formalismo exacerbado – formalismo atualmente muito criticado por estudiosos -, ou mesmo se por superstição de não se preparar para a morte por medo de que ela venha antes da hora.

Fato é que, a morte é a única certeza que temos dessa vida, e a única coisa para a qual a maioria dos brasileiros não se prepara. A ideia de planejamento sucessório está enraizada exatamente na preparação para a morte. Preparação essa que pode ser de cunho patrimonial, existencial, ou até mesmo, em algumas situações, com o objetivo de deixar conselhos e reflexões que possam ser utilizadas como reflexão àqueles a quem se destinam.

Não é por acaso que muitos trabalhos nos últimos anos tem se dedicado a esmiuçar as formas e possibilidades de realização de planejamentos sucessórios efetivos²⁸¹, pois muito bem se sabe que, adequadamente realizado, o planejamento sucessório não só possui o condão de respeitar a última vontade do falecido – aqui sem qualquer presunção, pois expressamente manifestada –, mas também possui a capacidade de evitar conflitos futuros – principalmente familiares - entre os sucessores, após a morte do autor da herança.

No entanto, quando falamos em planejamento sucessório limitado às normas de ordem pública inafastáveis e imutáveis – como a legítima – que limitam as disposições de vontade do testador, a efetividade de seus efeitos também é limitada. Quando tomamos, por exemplo, o caso de empresa familiar, cujas quotas sociais

²⁸⁰ Código Civil Espanhol. Artículo 667. “O ato pelo qual uma pessoa dispõe para depois de sua morte de todos os seus bens ou parte deles se chama testamento.” – Tradução livre.

²⁸¹ Merece destaque a obra de Daniele Chaves Teixeira. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

concentre todo ou substancialmente quase todo o patrimônio do *de cuius*, e este tenha herdeiros necessários, a entrada de pessoas estranhas na empresa – como vimos a preocupação dos protocolos familiares – será inevitável, pois a metade de todo seu patrimônio inevitavelmente terá que ser partilhada respeitando os limites e as disposições da reserva legitimária.

Aqui surge, novamente, a preocupação que perscruta todo o trabalho, de manutenção de uma limitação patrimonial para efeitos *post mortem* nos patamares e moldes como ainda hoje é disposto não só no ordenamento jurídico brasileiro, como em tantos outros. A sucessão de empresa familiar é um dos cenários onde o conflito familiar se instaura após o falecimento, com a entrada de todos os herdeiros necessários no quadro societário de uma empresa que não pode se ver afastada da característica da *affectio societatis*.

Em vista a essa preocupação, o ordenamento jurídico espanhol, modificou o artigo 1.056 do Código Civil espanhol, com redação introduzida pela Lei n. 07/2003, com o seguinte teor:

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.²⁸²

Modificou, também, o art. 1271, para incluir o seguinte trecho: “*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo*

²⁸² O testador, que em atenção a preservação da empresa ou interesse de sua família, queira preservar indivisível uma exploração econômica, ou manter bem o controle de uma sociedade de capital ou seus grupos, poderá usar da mesma faculdade concedida neste artigo, determinando que sua legítima seja paga em dinheiro aos demais interessados. Para tanto, não será necessário que haja caixa suficiente na herança para o pagamento, podendo-se efetuar o pagamento com caixa extra-hereditária e estabelecer pelo testador ou pelo contabilista-participante por ele indicado, um diferimento, desde que não ultrapasse cinco anos da contagem da morte do testador; Também poderá ser aplicável qualquer outro meio de extinção das obrigações. Tradução livre.

*objecto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.”*²⁸³

O artigo 1.056, primeira parte, do Código Civil espanhol trata, exatamente, de consignar que quando o testador deixar, por ato intervivos ou por disposição de última vontade, a partilha dos seus bens, passará por ele, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros legitimários.²⁸⁴ A parte incluída posteriormente autoriza o testador que queira preservar a exploração econômica indivisível, a fim de preservar a empresa ou o interesse de sua família, a possibilidade de determinar que a legítima aos demais herdeiros necessários seja paga em dinheiro, mesmo que não haja capital suficiente no momento de seu falecimento. A norma autoriza, ainda, que o pagamento da legítima aos demais herdeiros *forzosos* se dê em até cinco anos após o falecimento.

Há, portanto, a possibilidade de deixar a empresa a apenas um de seus sucessores, de forma que os demais herdeiros serão compensados por meio de um direito crédito, ou seja, receberão aquilo a que tem direito, em dinheiro, podendo ser pago em até cinco anos após a abertura da sucessão.

Louvável referido acréscimo na legislação, pois podemos perceber uma clara preocupação do legislador espanhol em manter a integridade e a natureza da empresa familiar, especialmente diante do lugar que essas empresas ocupam social e economicamente na realidade do país. A norma escancara que, a sucessão e a divisibilidade de quotas sociais em razão do evento morte ocasiona problemas internos na administração da sociedade, ou mesmo na sua continuidade.

Trata-se de norma que vai ao encontro com as reflexões ao que o presente trabalho se propõe, sobre a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao Direito das Sucessões, principalmente quando

²⁸³ Quanto à herança futura, não poderá, porém, celebrar-se outros contratos que não tenham por objeto a prática da partilha inter vivos de bens e outras disposições de partilha, nos termos do artigo 1056.º. Tradução livre.

²⁸⁴ Código Civil Espanhol. Artículo 1.056 primeira parte. “*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.*” – Tradução livre.

confrontamos a estrutura atual com as modificações e anseios sociais atuais na triangulação família, propriedade e empresa.

Apesar de louvável referida modificação, ainda é preciso ir além. É preciso olhar a fundo a forma como a proteção da legítima é estruturada, tanto no Brasil quanto na Espanha, revisitar seu percentual e sua forma de distribuição entre os herdeiros. As reflexões do próximo capítulo demonstrarão – ou não – se e como é possível superar esses entraves e essas limitações a fim equalizar a balança entre princípios da solidariedade familiar e autonomia privada, manutenção e função social da empresa.

4.5.2 Doação

No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de doação desempenha um papel fundamental no planejamento sucessório.²⁸⁵ Sua utilização permite que o doador concretize seus desejos para o período posterior à sua morte ainda em vida. Dessa forma, o doador pode acompanhar de perto o processo de sucessão patrimonial e garantir que seus herdeiros não entrem em conflito após seu falecimento.

O legislador reconhece a doação como um instrumento válido para o planejamento sucessório, conforme mencionado no artigo 544 do Código Civil, ao estabelecer que a doação realizada por ascendente para descendente, ou entre cônjuges, constitui adiantamento de herança. É importante destacar que existem limitações, conforme mencionado anteriormente, especialmente em relação à quota legítima dos demais herdeiros, sob pena de nulidade parcial do negócio (artigo 549 do Código Civil).

Na situação em que ocorre a transferência de participações societárias de empresas familiares durante a vida do doador, a transferência imediata apresenta benefícios, pois permite que os herdeiros se familiarizem com a administração da

²⁸⁵ Nesse entendimento, cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 21, jul./set. 2019, p. 101.

sociedade e promove a continuidade em sua gestão.²⁸⁶ Além disso, ao distribuir as participações por meio da doação, o doador pode levar em consideração quais herdeiros possuem melhores condições para gerir a empresa. Isso evita que alguém sem familiaridade com as atividades da sociedade familiar assuma a posição de sócio controlador e/ou majoritário.

Com a doação, também é possível realizar a dispensa da colação, conforme visto no capítulo anterior. Como já mencionado, não se trata exatamente de uma dispensa, pois o valor da liberalidade deve ser considerado no cálculo contábil da colação, tratando-se de imputação do bem doado na parte disponível, permitindo que o doador estabeleça quinhões diferentes para seus herdeiros, desde que respeitado o limite mínimo do quinhão legitimário.

Assim como em qualquer instrumento de planejamento patrimonial, é necessário que as doações feitas em vida respeitem a legítima dos herdeiros necessários. Caso contrário, se houver desrespeito a essa parcela mínima, pode ocorrer a redução das liberalidades colacionadas por meio da pós-ineficacização (conforme previsto no artigo 2.007 do Código Civil) ou a nulidade parcial da doação, caso a violação pudesse ter sido identificada no momento da realização da doação (de acordo com o artigo 549 do Código Civil).

Por meio da realização de várias doações, é possível dispensar a partilha tradicional após a morte. Nesse caso, ocorre uma distribuição antecipada dos bens em vida, conforme estabelecido pelo artigo 2.018 do Código Civil. Essa distribuição pode ser feita por meio de um ato entre vivos, denominado "partilha-doação", ou por meio de um ato de última vontade, conhecido como "partilha-testamento".

Existe certa discussão na doutrina sobre se a partilha em vida seria uma forma de doação ou um negócio jurídico autônomo. Embora respeitáveis vozes da doutrina apoiem a segunda posição, adotamos o entendimento de que a partilha em vida é

²⁸⁶ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 267.

uma modalidade de doação, na qual várias doações são realizadas com o objetivo de efetuar a distribuição antecipada da herança em vida.²⁸⁷

O argumento de que a partilha em vida não constitui uma doação, uma vez que não se limita a antecipar a legítima, mas também abrange a parte disponível, não é válido. Partimos do pressuposto de que é presumível que toda doação feita aos herdeiros necessários é uma antecipação da legítima, embora seja sabido que a doação também pode abranger a parte disponível, especialmente quando há dispensa de colação. O que de fato acontece é que, na ausência de manifestação explícita do doador, presume-se que a doação seja exclusivamente uma antecipação da legítima. No entanto, isso não significa que deva ser sempre assim

Alguns autores tentam estabelecer uma comparação com o Direito Francês, argumentando que, naquele país, onde a visão tradicional considerava a partilha como uma forma de doação, a natureza jurídica da partilha teria sido revista, indicando agora ser um negócio jurídico único.²⁸⁸ No entanto, a doutrina francesa nunca deixou de reconhecer que a partilha é uma modalidade de doação, embora especial, pois tem a função adicional de realizar a distribuição dos bens do falecido em vida.²⁸⁹ Além disso, o texto legal mencionado como base para essa revisão de entendimento apenas ressalta que a regra que determina a avaliação do bem doado no momento da abertura da sucessão para fins de colação não se aplica à partilha em vida. Conforme estabelecido no artigo 1.078 do Código Civil Francês, "não obstante as regras aplicáveis às doações, os bens doados serão, salvo convenção em contrário,

²⁸⁷ Nesse sentido, cf. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 257.

²⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 964.

²⁸⁹ Nesse sentido: "Le partage d'ascendant peut être réalisé de deux manières. D'une part, l'ascendant peut fixer la répartition de ses biens pour après sa mort. Le partage est alors ordonné par un testament. Aussi parle-t-on de *testament-partage* ou de *partage-testamentaire*. D'autre part, l'ascendant peut procéder à une distribution immédiate. Le partage, impliquant alors un transfert gratuit entre vifs, se coule dans le moule d'une donation. Aussi parle-t-on de *donation-partage* ou de *partage entre vifs*", cf. GRIMALDI, Michel. *Droit Civil: libéralités: partages d'ascendants*. Paris: Éditions Litec, 2000, p. 533. No mesmo sentido, cf. MALAURIE, Philippe; BRENNER, Claude. *Droit des successions et des libéralités*. 7. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016, p. 607. – tradução de Thalles Ricardo Alciati Valim.

avaliados no dia da partilha-doação para fins de imputação e cálculo da legítima (...).

"290

Autores como Pontes de Miranda, muitas vezes considerados defensores da natureza jurídica peculiar da partilha em vida, na verdade, parecem sustentar que esse tipo de negócio só pode ocorrer por meio de doação ou testamento. Segundo Pontes de Miranda, a partilha em vida não é uma doação em si, mas um conjunto de diversas doações realizadas de forma conjunta quando direcionadas aos herdeiros necessários, conforme podemos extrair da seguinte passagem:

O que se assemelha com a partilha em vida é a doação única a duas ou mais pessoas, com a distribuição de partes. Mas de jeito nenhum se trata da partilha em vida de que cogita o Código Civil, art. 1.776, cujo pressuposto fundamental é a *necessariedade da herança*. // Com a partilha em vida, antecipa-se a herança. É preciso que haja herança; portanto, para que haja herdeiros necessários, e não simplesmente legítimos, ou donatários. As doações podem ser sem qualquer caráter de distribuição, mesmo se as doações são adiantamente de legítima. Para que haja distribuição, é preciso que haja comunhão, e não simples doações plúrimas. Não há, então, doações individualmente feitas, há doação²⁹¹.

Além disso, parece inviável negar que a partilha em vida tenha efeitos constitutivos, a fim de distanciá-la da doação.²⁹² Se a partilha em vida tivesse apenas efeitos constitutivos, quando realizada em decorrência da morte, não poderia ser distinguida de um testamento, correndo o risco de escapar do rígido formalismo exigido por lei para essa figura jurídica. Por outro lado, se fosse considerada um negócio entre vivos, poderia entrar em conflito com a proibição legal dos pactos sucessórios, conforme explicado anteriormente.

²⁹⁰ Código Civil francês, art. 1.078. "Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve, à condition que tous les héritiers réservataires vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot dans le partage anticipé et l'aient expressément accepté, et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent." Tradução de Thalles Ricardo Alciati Valim.

²⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das sucessões: inventário e partilha*. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 60, p. 339.

²⁹² "É justamente pela ausência de atribuição patrimonial que a partilha em vida não é, como alguns autores defendem, espécie de sucessão antecipada", cf. BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Instrumentos do planejamento sucessório: a partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito, UNIBRASIL*, Curitiba, v. 27, n. 2, jul./dez. 2017, p. 9.

Reconhecer que a partilha em vida é uma forma de doação também não diminui a utilidade do artigo 2.018. Embora o regime aplicável à partilha em vida seja o mesmo das doações, o fato de ela evitar a partilha após a abertura da sucessão e a colação dessas liberalidades, por acordo expresso dos herdeiros necessários poderia tornar o negócio nulo por violar o artigo 426 e a proibição dos pactos sobre herança futura.

A redação do artigo 2.018 é significativa, enfatizando a validade do negócio jurídico de partilha em vida: "A partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, é válida, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários". Portanto, a finalidade principal do dispositivo parece ser a de fornecer uma exceção específica à regra geral que proíbe a celebração de contratos sobre herança de pessoas vivas.

4.5.3 *Holding familiar*

Além dos protocolos familiares como forma de evitar, ou ao menos, rupturas na administração e diminuir conflitos internos familiares na empresa, o autor da herança pode, ainda, utilizar-se do instrumento das *holdings* familiares, a fim de não deixar o futuro da companhia independente da partilha da herança ao profissionalizar a direção das empresas controladas²⁹³.

A *holding* familiar é, atualmente, um dos principais instrumentos utilizados para o planejamento sucessório. Com ele, "o autor da futura herança objetiva solucionar os possíveis problemas relacionados a litígios familiares em decorrência de sua morte, seja por ter um patrimônio extenso, seja por querer resguardar a gerência e a continuidade da própria atividade empresarial."²⁹⁴

²⁹³ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁹⁴ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

A denominação *holding* advém do verbo inglês *to hold*, que significa manter sob controle, participar, segurar, deter. Refere-se, assim, à sociedade que detém participações societárias de outras sociedades.²⁹⁵

A Lei das Sociedade por Ações (Lei nº 6.404/1976) autoriza, expressamente, que a companhia pode ter como objeto societário a participação de outras sociedades²⁹⁶. No Código Civil brasileiro também não há qualquer proibição de que os tipos societários regulados na codificação civil participem de outras sociedades. Sendo assim, a *holding* familiar pode adotar qualquer tipo societário, seja sociedade pluripessoal, seja sociedade limitada unipessoal (SLU), e sua natureza pode ser empresária ou simples. A escolha fica a cargo dos membros da família.

Quanto a divisão das *holdings*, já pontuamos que ela pode ser pura ou mista, conforme explicação:

A *holding* pode ser constituída como uma sociedade pura ou exclusiva de participação, ou seja, aquela constituída para o fim específico de ter como objeto social a participação de outra ou outras sociedades, ou mista – aquelas que possuem como objeto social outras atividades econômicas além da participação de outras sociedades.²⁹⁷

Acerca da *holding* familiar, especificamente, ela “pode ser constituída com o objetivo de gerir e proteger o patrimônio de uma família, mediante a integralização do capital social com os bens pessoais de cada membro e estabelecendo no contrato ou estatuto social os métodos e as regras de administração da sociedade de todo o patrimônio.”²⁹⁸ O quadro societário será composto pelos futuros herdeiros que

²⁹⁵ CARVALHO, Mário Tavernard de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*. estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 458.

²⁹⁶ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

²⁹⁷ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁹⁸ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em

estariam legitimados a receber os bens do *de cuius*, no momento da abertura da sucessão.

Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede explicam que a *holding* familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização:

A chamada *holding familiar* não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma *holding* pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se encartar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como administração do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc.²⁹⁹

As vantagens de utilizar o instrumento da *holding* para realização do planejamento sucessórios são inúmeras, mas pode-se destacar:

(i) forma flexível de adequação às necessidades do interessado, quanto pela forma de resolução de conflitos efetiva, principalmente pela abstração efetiva; (ii) instrumento fundamental e eficiente quando do interesse de divisão e reestruturação patrimonial; (iii) “disponibilizar ao futuro *de cuius* total liberdade de moldar o quadro societário como bem entender; (iv) evitar gastos excessivos e a mora do judiciário, atribuindo previamente, a cada um (sócio herdeiro) o que lhe for de direito; (v) os sócios podem planejar-se melhor ao terem conhecimento da quota parte que lhes são de direito, reduzindo, para tanto, os conflitos inerentes à repartição da herança e os interesses conflitantes; (vi) o controle pode se dar conforme estabelecido pelos acordos societários, que expressam a livre vontade das pessoas inerentes àqueles grupos familiares que os exercerão nos termos das condições estabelecidas.³⁰⁰

Gladston Mamende e Eduarda Cotta Mamede pontuam que “o despreparo de uma organização para a sucessão pode constituir um legado maldito que deixa para

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

²⁹⁹ MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding* familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

³⁰⁰ CARVALHO; Tomá Lima de; PAZ, Leandro Alves. A utilização estratégica do planejamento jurídico na organização e gestão do patrimônio familiar. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 11, p. 95-123, set./out. 2015., *apud* SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

esses entes queridos, retirando-os do conforto em que viviam e remetendo-os para um tempo de agruras.”³⁰¹

A *holding* serve, ainda, para resguardar interesses operacionais da sociedade, além de ser instrumento que contribui para que os litígios e as disputas entre familiares - grande problemática da sucessão da empresa familiar - não interfiram nas questões de gestão, como explicam Karime Costalunga, Roberta Nioac Prado e Deborah Kirschbaum:

Ademais, ainda que haja litígios envolvendo os sucessores na sociedade, a holding, em certos casos, mostra-se eficiente para resguardar os interesses das sociedades operacionais segregando-os de problemas pessoais ou familiares. Ou seja, por vezes, uma sociedade holding não permite que litígios entre familiares ou no espólio atinjam as operacionais.³⁰²

Apesar das vantagens existentes para opção de constituição de uma *holding* familiar como forma de planejamento sucessório, alguns doutrinadores defendem que esse instrumento viola a regra de proibição do *pacta corvina*, anteriormente estudado. Esta parte da doutrina entende se tratar de contrato de herança de pessoa viva, e aponta a possibilidade, inclusive, de serem nulos de pleno direito, existentes ou não fraude ou simulação.³⁰³

Já expusemos nossa discordância com referido entendimento, nos seguintes termos:

Respeitadas as opiniões contrárias, não concordamos com o referido entendimento. Primeiro, porque o objeto social do contrato ou estatuto societário não é a herança em si, sua totalidade, indivisibilidade e universalidade, mas a detenção ou participação de outras sociedades, ou mesmo a administração dos bens que compõem a sociedade, que passará a ser, ela própria, a proprietária dos bens integralizados, com a consequente distribuição das quotas sociais a cada herdeiro legítimo, o que é perfeitamente autorizado no ordenamento jurídico

³⁰¹ MAMEDE, Gladston. MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, Capítulo 6, item 1.

³⁰² COSTALUNGA, Karime; NIOAC PRADO, Roberta; KIRSCHBAUM, Deborah. Sucessão Familiar e Planejamento Societário I. In: *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245.

³⁰³ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21. p. 87-109, jul./set. 2019, p. 105.

pátrio. Segundo porque a *holding*, neste caso, será parte da herança e, desta forma, ela, por óbvio, não pode ser aquilo do qual ela, na realidade, apenas faz parte. Afinal de contas, a *holding*, em si, é bem pertencente ao patrimônio do falecido, não se identifica, contudo, com este último.³⁰⁴

Desta forma, ao nosso ver, a constituição de *holding* familiar não é um pacto sucessório da forma vedada pelo artigo 426 do Código Civil brasileiro e, portanto, não atenta contra o *pacta corvina*, pois ela não se confunde com o patrimônio de quem a instituiu - ou seja, a herança propriamente dita. É um instrumento que se mostra não só um mecanismo legítimo, como tem se mostrado bastante eficaz na organização patrimonial sucessória³⁰⁵.

4.5.4 Pactos familiares de empresa - os protocolos familiares

Em razão dos problemas e conflitos entre sócios - que podem surgir pela sucessão *mortis causa* da empresa familiar - há uma tendência contemporânea de difundir e criar meios legais de tentar evitar, ou ao menos minimizar, a ocorrência desses conflitos, ou seus impactos, caso ainda ocorram.

Nesse cenário, surgem os protocolos familiares. Como já definido por essa autora, juntamente com Thalles Valim, “os protocolos familiares são documentos celebrados entre membros de uma família detentora do controle de uma sociedade e que se destina a regular as relações entre sociedade e família, visando a estabelecer a autonomia patrimonial da família em relação à sociedade e, igualmente, a evitar ou dirimir conflitos entre os membros da família, no que diz respeito à gestão da empresa.”³⁰⁶

³⁰⁴ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

³⁰⁵ No mesmo sentido, cf. TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 163.

³⁰⁶ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em

João Pedro Scalzilli e Luis Felipe Spinelli entendem que os protocolos familiares são, nada mais, do que acordos parassociais³⁰⁷, que tem como objetivo harmonizar a convivência dos sócios-parentes.³⁰⁸ Para os autores, “são espécie de “código de conduta” familiar relativamente à empresa, de grande valia na medida em que a inter-relação entre as esferas econômica e familiar nem sempre é pacífica, sobretudo porque os membros da família geralmente encaram a empresa como uma extensão da sua vida pessoal, muitas vezes nela depositando pesada carga emocional.”³⁰⁹

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê regulamentação específica para os protocolos familiares, e são considerados, portanto, no máximo contratos atípicos.³¹⁰

O direito italiano³¹¹ é um exemplo de ordenamento jurídico que introduziu, pela Lei 55/2006, nos artigos 768-bis a 768-octies a tipificação de pactos familiares, e desde então, passou a ser um contrato solene, exigindo a celebração por escritura pública (art. 768-ter) e a participação dos herdeiros legítimos (art. 768-quater). O art. 458, por sua vez, ressalva a hipótese do pacto de família em relação à vedação à *pacta corvina*.³¹²

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

³⁰⁷ Na definição dos autores: “tais pactos são aqueles em que as partes regulam ou complementam seus direitos e obrigações como sócios em determinada sociedade e por isso são coligados ou acessórios ao contrato social, em especial ao acordo de acionistas das sociedades anônimas, cujo pilar de sustentação no ordenamento jurídico pátrio é o art. 118 da Lei 6.404/76”. Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Acordos parassociais em empresas familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399..

³⁰⁸ Cf. SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Acordos parassociais em empresas familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 408.

³⁰⁹ SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Acordos parassociais em empresas familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 408.

³¹⁰ Cf. OURIQUES, Paolla. *Legalidade, eficácia e implicações societárias do protocolo familiar*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 72.

³¹¹ De acordo com o art. 768-bis, “È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.”

³¹² Cf. SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em

No direito espanhol há, também, conformação legal dos protocolos familiares, conforme aponta a doutrina, de forma que “na Espanha, o pacto de família tenha plena eficácia jurídica como instrumento de arquitetura sucessória”³¹³. Em 2007, o Real Decreto 171/2007 regulou a publicidade dos protocolos familiares, com especial atenção às empresas familiares em seu preâmbulo, norma que será analisada mais a fundo no próximo capítulo.

Ao nosso ver, os protocolos familiares, no Brasil, não se confundem com acordo de acionistas, pois os pactos familiares podem ser celebrados entre acionistas e não-acionistas afastando as vantagens previstas pelo §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei de Sociedade Anônimas.³¹⁴ O seu conteúdo, no entanto, determinará a eficácia jurídica dos protocolos familiares, e segundo Pedro Adachi, pode versar sobre diversos assuntos, explica o autor:

(i) “compartilhar a compreensão sobre família”; (ii) “relacionamento com familiares sem vínculo com a sociedade”; (iii) “alinhar a visão e os valores da organização”; (iv) “código de ética”; (v) “desenvolvimento individual”; (vi) “participação na gestão do negócio”; (vii) “distribuição de dividendos e reservas”; (viii) “políticas de investimentos”; (ix) “decisões sobre fusão, cisão, incorporação e venda”; (x) “metodologia para avaliação do negócio”; (xi) “transações acionárias”; (xii) “permissão para aval e garantias pessoais”; (xiii) “negócios particulares dos membros da sociedade”; (xiv) “gestão do patrimônio dos proprietários”; (xv) “política de benefícios aos familiares”; (xvi) “criação do escritório de família”; (xvii) “participação em atividades diversas”; (xviii) “arbitragem e mediação de conflitos”; (xix) “prazo para revisões do protocolo”.³¹⁵

Algumas disposições do protocolo, como as que tratam de boas condutas ou critérios para exercício ou ingresso nas funções da empresa, o aproximam do que a doutrina denomina de “carta de intenções” (*letters of intent*), sem adquirir força vinculante. Essas cartas podem apresentar diversos graus de vinculação, e segundo

<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

³¹³ Cf. FÉRES, Marcelo Andrade. Protocolo ou pacto de família: a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 338.

³¹⁴ Cf. OURIQUES, Paolla. *Legalidade, eficácia e implicações societárias do protocolo familiar*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 85.

³¹⁵ ADACHI, Pedro Podboi. *Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 258-259.

Menezes Cordeiro, são distinguidas em cartas de: (i) intenção fraca, em que há apenas a divulgação de certas informações; (ii) de intenção média, quando no conteúdo encontram-se deveres instrumentais ou condutas a serem futuramente praticadas; (iii) de intenção forte, quando já se encontram como “acordos firmes”³¹⁶ Outras disposições podem gerar obrigações e direitos de fazer ou não fazer e, a depender de como redigidas, podem caracterizar a celebração de um contrato preliminar.³¹⁷

Por sua eficácia jurídica variável, é comum que os protocolos venham acompanhados de outros instrumentos que possam dar efeitos vinculantes não só entre as partes, mas também a terceiros. A título de exemplo, cláusulas que tratem sobre distribuição de dividendos entre sócios devem ser feitas na forma de acordo de acionistas, devidamente registrado e averbado na sede da sociedade para que tenha eficácia perante a própria sociedade e demais acionistas.³¹⁸

Outro exemplo para atribuição de vinculação ao protocolo, é a incorporação de dispositivos que tratam sobre escolha de regime de bens no casamento de membros da família, aos respectivos pactos antenupciais.³¹⁹

Outra questão relevante que pode ser objeto do conteúdo dos protocolos são obrigações de sigilo e confidencialidade:

Em virtude da proximidade do círculo familiar, os membros da família alheios à gestão da empresa podem vir a ter conhecimento de informações sensíveis sobre ela. Por isso, convém que o pacto familiar também preveja obrigações de sigilo e confidencialidade no que diz respeito às informações acerca da companhia que forem de conhecimento dos membros da família. Pelo mesmo motivo, pode-se, ainda, ser interessante a estipulação de cláusula de não-concorrência.

³¹⁶ Cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: parte geral: negócio jurídico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, v. 2, p. 315.

³¹⁷ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

³¹⁸ OURIQUES, Paolla. *Legalidade, eficácia e implicações societárias do protocolo familiar*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 89.

³¹⁹ Acerca das vantagens de celebração de pacto antenupcial para a proteção da sociedade familiar, cf. NEVES, Rubia Carneiro. Meios protetivos da dissipação do patrimônio empresarial por algumas relações de família: cláusula de incomunicabilidade, acordo de convivência e pacto antenupcial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 367-372.

Pode-se cogitar, ainda, da inclusão de cláusula que proíba a qualquer membro de utilizar o sobrenome do grupo familiar no exercício de qualquer atividade empresarial, ainda que não seja objeto da companhia. Com isso, preserva-se a reputação da empresa.³²⁰

A entrada de pessoas estranhas ao quadro societário é preocupação recorrente no âmbito das empresas familiares, exatamente pelos problemas e conflitos que podem surgir, como visto nos tópicos anteriores. Em razão da proibição geral aos pactos sucessórios existente no ordenamento jurídico brasileiro, uma alternativa para realização do planejamento sucessório seria imposição de cláusulas de incomunicabilidade, feitura de testamento, ou mesmo a criação de *holding* familiar, tópicos que serão analisados em seguida, e que direcional o curso de como deverá ser feita a sucessão *causa mortis*.

Segundo Rubia Carneiro Neves:

Uma possibilidade é a criação de uma sociedade *holding* familiar sob a forma de limitada ou anônima e fazer a doação de quotas ou ações em sua totalidade pelo fundador da organização familiar para os herdeiros e gravá-las com a cláusula de incomunicabilidade na tentativa de evitar que o herdeiro tenha que dividir a participação societária seja com o cônjuge, o convivente, o ex-cônjuge ou o ex-convivente.³²¹

Desta forma, os protocolos familiares se apresentam como aliados na organização e na administração do triângulo gestão, propriedade e família que envolvem e influenciam as empresas familiares. No entanto, se as disposições do protocolo versarem sobre diretrizes ou estipulações para sucessão *post mortem*, será imprescindível que essas estipulações venham acompanhadas de instrumentalização - como cessão de quotas, doações, testamento, ou constituição de *holding* por exemplo - para ganhar juridicidade. Se o protocolo disciplinar questões relacionadas

³²⁰ SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Aiciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. Revista Pensamento Jurídico. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

³²¹ NEVES, Rubia Carneiro. Meios protetivos da dissipação do patrimônio empresarial por algumas relações de família: cláusula de incomunicabilidade, acordo de convivência e pacto antenupcial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 360.

à sucessão *post mortem* sem instrumentalização pelos meios legais permitidos, estaremos diante da vedação geral dos pactos sucessórios contida no artigo 426 do Código Civil brasileiro.

5 REFLEXÕES SOBRE FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGÍTIMA FRENTE A PROBLEMÁTICA DA SUCESSÃO DA EMPRESA FAMILIAR

A partir de toda análise e delimitação da moldura do presente trabalho, é possível estabelecermos reflexões sobre a problemática da manutenção e da estruturação de institutos jurídico-civis como a legítima como ainda hoje ela se apresenta na maioria dos ordenamentos jurídicos de *civil-law*.

É inegável a percepção de que há uma tendência nos estudos dos últimos anos de necessária análise desse instituto para sua adequação às modificações sociais, familiares e jurídicos. O descompasso evolutivo da legislação sucessória em comparação a outros ramos do direito é gritante, assim como é a dificuldade em ruptura de paradigmas e estruturas arcaicas pré-estabelecidas com base em uma herança do direito romano cuja influência do direito canônico pode ser percebida ainda hoje.

As reflexões e propostas a seguir sugerem alternativas para a modernização das normas de Direito das Sucessões frente a sua inadequação com a realidade social, ainda mais evidente quando sua estrutura chega a afetar até mesmo o Direito Empresarial, diante das dificuldades no momento da sucessão *mortis causa* das empresas familiares, que ocupam um lugar e um espaço significativo dentro da organização social, produtiva e econômica do país.

5.1 Descompasso axiológico das normas de sucessão legítima

A primeira reflexão proposta situa exatamente no descompasso evolutivo e valorativo das normas de sucessão legítima, especialmente no instituto da legítima, quando confrontada com a realidade social e familiar.

O Direito de Família, que antes se apresentava como o mais conservador e estável, renovou de forma significativa, até mais do que qualquer outro ramo do direito privado. Esse fenômeno é consequência da crescente tendência jurisprudencial e doutrinária em priorizar a socioafetividade e dar guarida às manifestações familiares

que antes eram negligenciadas pelo direito e, conseqüentemente, aos conflitos delas advindos.

A situação, contudo, não se mostra a mesma quando estamos diante do Direito das Sucessões. Apesar de sua ligação direta e indissociável com a família, ao contrário dessa, ele permaneceu inerte, estático às modificações, evoluções e anseios sociais, principalmente no que concerne ao princípio da autonomia privada, ainda restrita e fortemente limitada pelo direito à legítima dos herdeiros necessários.

O fundamento da legítima – que a preserva por mais de 200 anos - fortemente pautado na ideia de solidariedade familiar - perpetuando o patrimônio do *de cujus* aos familiares presumidamente próximos - é o mesmo fundamento utilizado, atualmente, pela forte corrente que justifica a sua releitura. O objeto principal da tutela da legítima – a família – sofreu substancial transformação, principalmente com a Constituição Federal de 1988 deu luz a um novo sentido axiológico, com a família agora se destacando enquanto espaço democrático, e não mais um fim em si mesma. Conseqüentemente a própria ideia de solidariedade dentro do âmbito familiar mudou, sendo pautada por valores fundamentais da dignidade, pluralismo e igualdade substancial.

Não somente a própria concepção de família mudou. As próprias circunstâncias sociais que outrora fundamentavam a manutenção da legítima da forma como ainda é estruturada, estão cada dia menos presentes na realidade social. Se pensarmos, a título de exemplo, que quando da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, a expectativa de vida era consideravelmente mais baixa do que os dias de hoje, situação na qual uma família constituída a partir do casamento, com o pai – figura que concentrava todos os recursos da família - , a mãe e cinco filhos menores, caso houvesse o falecimento do único provedor, ainda jovem, a proteção da legítima em metade do patrimônio em favor desse modelo familiar fazia sentido. A expectativa de vida, naquela época, se traduzia em muitos cenários de falecimento do pai, único provedor, ainda muito jovem, deixando seus filhos, na maioria das vezes, menores de idade, e a esposa, que nunca trabalhou, sem condições de proverem sozinhos o seu sustento.

No entanto, o cenário acima descrito está, a cada dia, mais escasso, e surgem outras situações nas quais o fundamento axiológico que justifica a legítima num caso como o exemplo anterior, não cumpre com seu papel primordial. Por exemplo, se estivermos diante de uma família, composta, também pelo pai, a mãe e os cinco filhos, mas, agora, sendo todos maiores de idade, com profissões e capacidade de proventos próprios, todos com vasto patrimônio. Nesse caso, se o pai ou mesmo a mãe quisessem deixar seu patrimônio para causas sociais, instituições que estão precisando desesperadamente de ajuda financeira, haveria uma limitação dessa disposição em apenas metade de seu patrimônio, pois obrigatoriamente a outra metade é reservada aos filhos e a esposa, mesmo que nenhum deles necessite desse patrimônio. Nesse caso, a legítima fundamentada em uma suposta solidariedade familiar – nesse caso desnecessária – feriria a solidariedade constitucional, ao não permitir que se destine o patrimônio para pessoas que efetivamente estejam precisando dele.

Agora, pensemos em um outro cenário, agora envolvendo uma empresa familiar cuja atividade desenvolvida seja a fabricação de peças para veículos, com quadro societário composto pelo pai e por um de seus filhos. A mãe e outros dois filhos são médicos atuantes em suas profissões e resolveram, quando do início da empresa familiar, não participar da sociedade. O filho que compõe o quadro societário é engenheiro mecânico, especializado na área de atuação da empresa, juntamente com o pai, que é o administrador e sócio majoritário. Suponhamos, também, que o patrimônio do pai se resume 80% às quotas societárias dessa empresa, e os demais 20% são compostos por bens móveis e imóveis em nome próprio. No caso de falecimento do pai, obrigatoriamente parte de suas quotas sociais serão transmitidas à esposa e os outros dois filhos, pois não é possível haver o pagamento da quota legitimária sem o cômputo delas. Haverá, conseqüentemente, a entrada de três pessoas estranhas à atividade empresarial, de forma forçada, possivelmente ocasionando conflitos. O pai não pode, a fim de manter a continuidade da empresa, dispor de forma diferente a, por exemplo, deixar todas as suas quotas sociais ao filho que o ajudou na construção da empresa e atua profissionalmente na atividade empresária, ou mesmo dividi-las entre ele e um funcionário fiel de décadas que conhece todo o funcionamento da empresa. Tal ato configura afronta à legítima e não seria respeitado.

Quando olhamos para esse cenário, pode-se até questionar: em nem todas as situações de entrada de pessoas alheias ao negócio obrigatoriamente haverá conflitos internos. De fato, não se está aqui pretendendo generalizar. A junção entre família, empresa e propriedade pode percorrer caminhos que vão desde uma perfeita harmonia até mesmo a rupturas irreconciliáveis, em todos os aspectos. Ocorre que, em situações empresariais como a exemplificada, as relações de afeto podem se manifestar tanto no seu viés positivo – aqui entendida como sinônimo de amor, carinho -, quanto no seu viés negativo – aqui compreendida no seu avesso.³²²

Quando os conflitos se instauram, há abalo na administração e na própria continuidade da atividade empresária. Não há possibilidade de estudarmos empresa familiar sem a presença da *afectio societatis*. Família é afeto, e quando esse elemento subjetivo é rompido a empresa sofre. Então, diante da obrigatoriedade de se respeitar a legítima em um caso em que haveria pleno espaço para adequações, outro princípio como o da preservação da empresa e sua função social é, por muitas vezes, afetado. As dores são muito mais angustiantes e duras dentro do âmbito familiar do que em qualquer outro lugar. Consequentemente, os conflitos internos em uma empresa familiar são muito mais peculiares e por vezes intensificados, pois há a presença do afeto em sua forma mais genuína.

Com essas reflexões chegamos ao seguinte pensamento: na configuração da legítima como ela é, ainda hoje, estruturada, a tolhida na autonomia privada do indivíduo poderá ocasionar muito mais prejuízos, tanto de ordem econômica quanto social, do que alcançar fundamentos sobre os quais a manutenção dessa estrutura ainda se mantém e que não mais condizem com a realidade.

³²² Giselda Hironaka, em texto escrito em 2004 como crítica à comunidade civil-familiarista em não dialogar com o afeto nas relações familiares, discorre sobre a dupla face do afeto, podendo se manifestar tanto com sentimentos positivos quanto negativos: “A afetividade, por sua vez, contamina o fato, nos seus desvãos positivos (e aí ela pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos seus desvãos negativos (e então sua sinonímia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflito. Falo da bipolaridade do afeto, como se o quer descrever, aqui, para que ele seja, de uma só vez, o denominador comum das relações familiares, em qualquer tempo do desenvolvimento delas, em tempo de paz ou em tempo de conflito, e também que ele seja o paradigma da dimensão ética no direito de família.” *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Entre peixes e afetos. IBDFAM. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/286/Sobre+peixes+e+afetos>. Acesso em 19 de abril de 2023.

No exemplo da empresa familiar, note-se que estamos diante de um caso no qual os considerados herdeiros necessários pela lei são todos maiores, capazes, estáveis economicamente, com profissões que lhes permitem ter uma vida confortável e digna. Não há justificativa ou sentido no direito, em um caso como esse, ainda interferir na autonomia privada do indivíduo

A necessidade de modernização das normas de direito sucessório, especialmente do instituto da legítima é iminente. Necessidade de retirar desse instituto o caráter estanque, imutável em qualquer situação, para que os fundamentos de uma herança forçada voltem a ter relação com a necessidade do caso concreto. Não são todos os casos em que, para haver solidariedade familiar, o indivíduo seja limitado em metade de seu patrimônio, e há outros em que talvez essa mesma metade nem sequer seja suficiente. Fato é que, a adequação da norma ao caso concreto nunca se fez tão necessária, mas a norma precisa possibilitar a flexibilização, a análise e a adequação de suas razões para se atingir os objetivos a que ela se propõe, a depender de cada caso.

A situação fica ainda mais incompreensível quando pensamos que a legítima limita a autonomia privada de disposição do patrimônio para efeitos *mortis causa*, mas não a limita para disposição em vida. Explicamos. Não há impedimento legal de que, os pais disponham de seu patrimônio com gastos em viagens, *hobbies* pessoais etc., até o ponto em que não sobre sequer para prover os filhos ainda em vida, mas limita a disposição de sua vontade quando esses mesmos pais querem deixar o patrimônio, após sua morte, para pessoas que precisam dele muito mais do que os seus filhos, já estabelecidos financeiramente e com plenas condições de prover os recursos de sua subsistência.

É a verificação de que a autonomia privada é muito mais ampla em relação aos atos praticados *intervivos* do que naqueles praticados para gerar efeitos após o evento morte. Enquanto o direito contratual abandonou a tipicidade do direito romano clássico, o mesmo não ocorreu com os negócios jurídicos *mortis causa*, pois esses esbarram na limitação e na tipicidade de forma das normas que regem a transmissão da herança. Não sendo observados os preceitos que regem as normas sucessórias, a autonomia privada não será observada.

Os exemplos acima são apenas alguns dos diversos que podemos observar na pluralidade de famílias e arranjos familiares contemporâneos, e nas diversas hipóteses dentro da estruturação de uma empresa familiar, que escancaram que uma reserva patrimonial estanque e formalista da legítima para fins sucessórios não é a solução para se alcançar os princípios constitucionais e as modificações socioafetivas que vivenciamos, quando nem sequer alcança o fundamento da solidariedade familiar na qual ela se pautou durante todos os anos para se manter imutável.

Nesse ponto é importante destacar que essa igualdade formal da legítima – ao passo em que se constitui, no Brasil, em metade do patrimônio em qualquer circunstância – se afasta da ideia de igualdade substancial, ou seja, a igualdade não sendo uma categoria distanciada da realidade por seu formalismo e abstração, mas sim uma igualdade que trata os desiguais, de forma desigual, a fim de se tornarem iguais.³²³

Não se está aqui, negando a importância histórica da igualdade formal, que muito rompeu privilégios antes experimentados, mas seguimos o entendimento de que essa isonomia formal não se mostrou suficiente. A manutenção desse formalismo no campo do direito sucessório também se mostra insuficiente, pois existem situações especiais e situações diferentes umas das outras que precisam ser tratadas diferentemente pelo direito.

Alex de Tocqueville, ainda no século XIX, afirmou que “legislador resolve uma vez a sucessão dos cidadãos e repousa durante séculos: dado o movimento à sua obra, ele pode retirar dela sua mão, a máquina age por suas próprias forças e se dirige como por si só para um objetivo indicado de antemão”.³²⁴ No Brasil, parece que estamos dando excessiva importância à parte do repouso. A sensação é de que estamos passando por um período de estagnação legislativa em relação aos assuntos hereditários, e, conseqüentemente, estamos perdendo a oportunidade de reformular a regulamentação do fenômeno sucessório.

³²³ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 315.

³²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.57.

O Código Civil de 2002 pouco inovou em matéria sucessório, e no que inovou veio eivado de inconsistências. Já em 2002 se ansiava por atualização legislativa em matéria de Direito das Sucessões, mas o legislador perdeu a oportunidade de adequar as normas às modificações familiares e anseios sociais que já naquela época se percebia. O que houve foi uma adaptação das leis às transformações passadas da sociedade, sem levar em consideração a realidade política, econômica e cultural, que está em constante mudança e torna o direito um fenômeno social, não apenas uma ciência pura.³²⁵ Claro que não estamos aqui exigindo que, em 2002, o legislador previsse fatos e circunstâncias que ainda não existiam, mas que ao menos adotasse uma técnica legislativa que desse abertura para possíveis adequações às inevitáveis e constantes evoluções da sociedade.

Assim como todo instituto de direito civil - em conformidade com a teoria da constitucionalização do direito civil – a legítima também deve atingir a sua função social. Sendo assim, não se está aqui defendendo o fim do direito a herança, mas tão somente que as regras infraconstitucionais que a regulam sejam reavaliadas para que a sua função social esteja presente em todos os casos, inclusive na possibilidade de diminuição de percentual de legítima, ou mesmo o seu afastamento a depender do caso, ponderando pela análise individual de cada situação concreta a necessidade de sua manutenção, em qual percentual e para quem.

Também é possível reflexionar que a revisão das normas que regem a legítima não afastará a possibilidade daquele sujeito que prefira dispor de seus bens com base na igualdade formal – estabelecendo quotas hereditárias iguais aos seus herdeiros -, mas possibilitará lugar à igualdade substancial – para os casos em que um dos herdeiros seja mais necessitado do que outros, por exemplo, ou simplesmente por entender ser justo que o filho que ajudou a empresa a crescer herde todas as quotas hereditárias para continuidade da empresa familiar.

Busca-se demonstrar que, em algumas situações, a autonomia privada do sujeito, em matéria sucessória, pode e deve prevalecer à rigidez e ao formalismo da

³²⁵ Gustavo Tepedino denominou “racionalização estática”. In: TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018. p.12.

estrutura da reserva legitimária, como ainda hoje é disposta, pois em completo descompasso valorativo com a evolução tanto de outros institutos – como a família – como da própria sociedade em si.

5.2 Flexibilização da legítima frente a observância do princípio da autonomia privada

Para se estabelecer uma análise crítica mais aprofundada do instituto da legítima, é necessário promover uma discussão analítica sobre a autonomia privada daquele que pretende planejar sua sucessão, a fim de evitar uma avaliação incompleta das falhas da imposição da herança forçada. Isso ocorre porque, além de todas as outras discussões sobre as bases mencionadas anteriormente, a autonomia privada é o ponto central que gera questões filosóficas e existenciais relacionadas à legitimidade da imposição da herança legítima pelo Estado.

Como visto em capítulos anteriores, a definição de autonomia privada não é algo imutável, pois foi se modificando ao passo em que as próprias experiências humanas e a própria sociedade também. Não é objetivo do trabalho desenvolver teses ou aprofundamentos sobre o âmago filosófico de seu conceito, mas, para análise dos objetivos aqui propostos, adotamos o entendimento de Francisco Amaral Neto para quem a autonomia privada é a “possibilidade de opção, como a liberdade de fazer ou de livre arbítrio, ou, ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais.”³²⁶

Como valor jurídico, a autonomia privada pode ser fundamentalmente manifestada e expressada pelos sujeitos autônomos na liberdade que possuem da disposição de bens, ou seja, no reconhecimento da propriedade privada, na possibilidade de escolher qual destino dar a seu patrimônio, “em reconhecer à sua vontade o poder de regular relações jurídicas especialmente patrimoniais.”³²⁷

³²⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, 1989, p. 216.

³²⁷ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad, Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 340.

Nesse sentido, admitindo a propriedade privada, é lícito aos proprietários realizarem negócios jurídicos a fim de contratar, permutar, dispor de forma gratuita ou onerosa de seus bens, em exercício da autonomia privada de cada um. É uma relação entre propriedade, liberdade e autonomia. Quando um sujeito vende um bem de sua propriedade, isso nada mais é do que a concretização do seu poder sobre esse bem, uma manifestação de sua liberdade de dispor dele. Assim, nesse contexto, a acepção contemporânea de autonomia privada para os fins propostos no trabalho é aquela que interliga ao seu aspecto negocial, ou seja, “definir o negócio jurídico como ato e como instrumento de autonomia privada, como auto regulamento dos próprios interesses do agente, em suma como fonte normativa.”³²⁸

A partir dessa acepção é possível verificar que a autonomia privada se manifesta, principalmente, na seara das relações jurídicas patrimoniais, e dentro da esfera da propriedade, há um aspecto do poder do proprietário que não admite qualquer intromissão alheia, seja de particular ou do próprio Estado, pois nesse aspecto, seu poder é soberano.

No Direito das Sucessões – que tem interesses essencialmente patrimoniais por objeto – a autonomia privada é exteriorizada pela disposição de bens *post mortem*, e expressada por meio da sucessão testamentária, cujos instrumentos válidos para o exercício dessa autonomia é o testamento – negócio jurídico unilateral – que reúne os três elementos propriedade, autonomia privada dos negócios jurídicos e liberdade. Ao limitar a atuação de disposição sucessório ao testamento, os negócios jurídicos bilaterais foram excluídos – a exemplo do contrato – em razão da proibição aos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do Código Civil brasileiro, já estudado.

Essa autonomia privada no campo do direito sucessório é - como amplamente visto no decorrer do trabalho - limitada.³²⁹ A maior restrição ao exercício pleno da autonomia privada reside exatamente na limitação da disposição patrimonial da legítima, que limita a livre disposição do sujeito à metade de seu patrimônio, no Brasil.

³²⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, 1989, p. 210.

³²⁹ Podemos apontar como restrições ao testador várias normas civilistas, a título de exemplo: hipóteses restritas de deserdação; formalismo exacerbado; vedação a formas testamentárias e até mesmo limitação do conteúdo das disposições. No entanto, o tema e foco do trabalho é a maior das restrições à disposição patrimonial, que se caracteriza no instituto da legítima.

Há de se levar em consideração, nesse ponto, a dignidade humana dos sucessores, mas também a dignidade humana do testador em dispor de seus bens para efeitos *post mortem* com autonomia. Isso significa dizer que a limitação da autonomia privada do sujeito para efeitos sucessórios não pode se pautar em uma norma abstrata, rígida e inafastável, há que se ponderar todos os direitos envolvidos e a necessidade da limitação da livre disposição.

Crítérios de mero parentesco e igualdade formal não se aproximam mais da realidade social. É necessária a inclusão de critérios funcionais e objetivos que atentem para as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias e necessidades pessoais de todos os envolvidos. A intervenção estatal nos atos negociais e na esfera de liberdade e autonomia privada do indivíduo não pode se dar de forma irrazoável ou excessiva, e deve ser observada com cautela. Há situações nas quais a intervenção estatal deve estar presente, a fim de proteger interesses superiores ao da plena autonomia privada, mas há outras situações nas quais a liberdade individual deve prevalecer. Conforme bem explica Direito Lima:

Naquilo que a sucessão se expressa pura e simplesmente como a transmissão de um patrimônio – uma universalidade de bens e de direitos pertencentes a uma dada pessoa, seca, sem afetação ou vinculação a um propósito social específico – em decorrência do falecimento (ou possível falecimento) de um indivíduo, exige-se a preservação do princípio da autonomia da vontade do sucedido como vetor dirigente de condutas, como elemento hermenêutico central de interpretações judiciais e como diretriz principal da construção e de controle deontológico dos regramentos legislativos.³³⁰

A possibilidade de deixar seu patrimônio para quem quiser configurar motivação inerente ao ser humano, que busca sempre melhorar de vida por meio do exercício de seu trabalho. Alguns fundamentos da legítima, como ser ela a vontade presumida do *de cuius* não encontra consistência jurídica. Não há necessidade de se presumir. Se o autor da herança quiser deixar seu patrimônio da forma como a lei hoje dispõe, a autonomia privada o permite. Mas se ele não quiser, e não estiverem presentes circunstâncias especiais – como exemplo herdeiro vulnerável que será

³³⁰ LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019. p. 77.

analisado no próximo tópico - que justificam e autorizam a interferência estatal na esfera privada do indivíduo, tanto o direito de propriedade quanto a autonomia privada estarão asseguradas por meio da livre disposição de seus bens. Anderson Schreiber e Francisco Viegas explicam:

Por exemplo muitos autores continuam a conceber a legítima como expressão da vontade presumida do *de cuius*, relacionando tal vontade à “proteção dos parentes mais chegados”, tudo a revelar a íntima relação que ainda se faz sentir entre os fundamentos contemporâneos da legítima e sua origem na hereditariedade dos antigos, fundada no culto religioso e na propriedade *natural* da família como ente autônomo, desvinculado das pessoas de carne e osso que a integram. Não por acaso, o exame de textos que retratam a cultura jurídica da Antiguidade permite compreender muitos dos fundamentos erigidos em favor da proteção à legítima considerando que o culto aos mortos e a ideia de *compropriedade* da família remontam àquele período histórico.³³¹

A suposta presunção da vontade do *de cuius* por meio do instituto da legítima não corresponde a muitas realidades familiares e individuais. Essa presunção, portanto, passa a ser uma força estatal normatizada que obriga o indivíduo a respeitar uma disposição de bens para efeitos sucessórios da qual ele não faria se tivesse a plena autonomia para dispor de forma diferente.

Isso sem contar um dos fortes argumentos para se flexibilizar a legítima que reside no fato dela criar pessoas ociosas. Não por acaso, hoje presenciamos inúmeras pessoas que, sabendo que inevitavelmente receberão a herança de seus pais, nada produzem ou utilizam seu tempo com atividade laboral, sendo a legítima um incentivo ao ócio daqueles que nasceram em família abastada e sabem que serão proprietários do grande acervo patrimonial que os espera. É o famoso ditado popular “pai rico, filho nobre, neto pobre”. São pessoas despreparadas para produtividade, despreparadas para as adversidades financeiras que a vida pode nos apresentar e que sequer conseguem manter para as próximas e futuras gerações o que receberam a título de herança.

³³¹ SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211- 250, abr - jun 2019. Disponível em: < <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>.

A incerteza do recebimento forçado do patrimônio, com a flexibilização da legítima e uma maior autonomia privada ao sujeito detentor dos bens, muito possivelmente, se não acabaria, ao menos diminuiria a improdutividade e o ócio. Além disso, nada impediria que esses filhos recebessem o patrimônio de seus pais, agora não por força obrigatória da lei, mas por vontade expressamente manifestada do autor da herança. Possivelmente, dessa forma, estariam muito mais bem preparados tanto para a manutenção quanto quem sabe para a geração de mais riquezas do que as recebidas.

Novamente, é necessário explicar que não estamos aqui defendendo o fim da legítima ou sua inexistência, até porque a plena e irrestrita autonomia privada no âmbito da liberdade de testar é pensamento que não condiz com a garantia fundamental do direito à herança, nem tampouco com o princípio da solidariedade social. O que se propõe, na realidade, são reflexões sobre uma necessária flexibilização e revisitação do instituto para adequá-lo à realidade, a fim de ele possa atender a todos os princípios constitucionais e interesses pessoais dos envolvidos na relação sucessória. As situações não são idênticas, nem tampouco os interesses, muito menos as necessidades dos indivíduos. E para se atender e abraçar todas as situações é necessária uma reforma no tratamento do instituto que autorize a hermenêutica normativa a dar soluções diferentes a casos jurídicos diferentes.

Nesse ponto, portanto, não se trata de afastar o fundamento do princípio da solidariedade, mas sim analisar se a forma como estruturada atualmente, a legítima alcança a esse fim. A resposta a essa pergunta nos parece, por óbvio, negativa.³³²

Em virtude dessa inadequação da legítima à realidade fática atualmente vivenciada, muitos ordenamentos jurídicos têm se inclinado à análise de vulnerabilidades na esfera sucessória, reservando a proteção e a limitação da autonomia privada nos casos em que se verifique a necessidade do sucessor. Essa tendência segue de conformidade com a ideia de família-instrumento de realização pessoal do indivíduo, e não mais família-instituição, como um fim em si mesma. Isso

³³² Anderson Schreiber e Francisco Viegas propõem, nesse sentido, uma “releitura funcional da legítima”. In: SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211- 250, abr - jun 2019. Disponível em: < <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>.

significa que a solidariedade a fundamentar a limitação da autonomia privada não deve ser pautada em uma suposta solidariedade abstrata, formal e genérica, mas sim em uma solidariedade que considere o sucessor na sua individualidade e a partir das suas necessidades, condições sociais, características únicas.

Numa situação em que se verifica vulnerabilidade do sucessor, justificaria a intervenção estatal a fim de garantir proteção a herdeiros vulneráveis – análise que será aprofundada no próximo tópico. Por outro lado, em não se verificando tal situação, ou seja, não havendo prejuízo no exercício da livre disposição -, não vislumbramos fundamento de se limitar a vontade do titular de livre disposição de seu patrimônio, a fim de funcionalizar a liberdade testamentária com os valores constitucionais do ordenamento jurídico.

5.3 Proteção com base na vulnerabilidade: releitura da reserva da legítima em observância ao princípio da função social da herança e do princípio da solidariedade

O critério da vulnerabilidade no âmbito da matéria de direito sucessório vem ganhando espaço dentro do Direito Privado, inclusive nas normas de direito sucessório, a ponto de alguns ordenamentos jurídicos já terem procedido a atualizações legislativas no instituto da legítima.

Antes de aprofundarmos nessa análise é necessário tecer alguns comentários sobre o termo solidariedade, para entendermos sua extensão e como ele atuará na ponderação dos limites da intervenção estatal na autonomia privada do indivíduo ou na sua necessidade, a levar em conta a situação concreta.

A solidariedade como compreendemos hoje - um dever jurídico - não é conceito antigo historicamente. Ela surge como uma superação da crise do direito positivado, passando de dever moral para a qualidade de um dever jurídico e no ambiente familiar

ela apresenta sua ambivalência - a primeira, o dever de cooperação, no espaço da intimidade, e a segunda a solidariedade natural de mútua assistência.³³³

A solidariedade, vista desse modo, expressamente abraçada pela Constituição Federal de 1988, configura um verdadeiro dever jurídico e não apenas um sentimento moral de bondade. Expressa um sentido de responsabilidade de um sujeito para com o outro e para com o coletivo, deixando de lado o egoísmo e o individualismo. Visto dessa forma, a solidariedade alcança sentido muito mais amplo do que apenas no âmbito familiar. A elevação a princípio constitucional se traduz em uma responsabilidade social, não somente dentro da família. O contorno amplo que ganha a solidariedade passa a ser uma obrigação, uma condução no agir dos indivíduos.

Essa condução inegavelmente também tem incidência no âmbito de matéria sucessória, de forma que não há como desvincular o princípio da solidariedade das normas que regem a disciplina. No entanto, com as modificações ocorridas na concepção de família, ao mesmo tempo em que a proteção aos vulneráveis ganhou o espaço que sempre deveria ter ocupado na preocupação estatal e normativa, a solidariedade também ganha novos sentidos.

A função social da herança - direito constitucionalmente garantido -, por sua vez, encontra seu respaldo na limitação à liberdade de testar, quando as normas infraconstitucionais protegem, em prol e sob fundamentos de propriedade, família e solidariedade familiar, a legítima dos herdeiros necessários no patamar de cinquenta por cento do patrimônio do testador.

Ocorre que, como todas as normas tanto constitucionais como infraconstitucionais, o direito a herança não pode ser interpretado isoladamente a outros direitos e princípios constitucionais. A Constituição Federal garante o direito à herança, mas não obriga que essa garantia se dê pelo instituto da legítima. Quem a institui é a norma civilista.

Nessa linha de pensamento, a função social da herança pode ser alcançada, em muitos casos, sem necessidade de restrição à autonomia privada e em outros casos

³³³ OLIVEIRA, Luis Fernando Lopes de. Direito de família e princípio da solidariedade: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares. Curitiba: Juruá, 2014. p. 46-47.

com a restrição. Essa restrição, no entanto, precisa ser analisada sob uma perspectiva sistêmica do ordenamento jurídico. Deveres fundamentais como o da solidariedade pressupõem que as condutas sejam proporcionais ao ponto que se garanta a observância e a assistência que delas se espera.

A título de exemplo, um pai que criou os filhos, agora maiores, capazes, com profissões e plena capacidade de proverem seu sustento e viverem dignamente não necessita obrigatoriamente deixar metade de seu patrimônio a eles, pois os direitos fundamentais a que eles tinham direito já foram alcançados, não há função social da herança em se limitar a autonomia desse sujeito na disposição de seus bens.

Por outro lado, um filho que perde o pai, sendo menor de idade, incapaz ou com qualquer vulnerabilidade que acarrete dependência financeira ou assistencial, justificaria a intervenção do estado na esfera individual com limitação da autonomia privada, a fim de garantir a dignidade humana e a observância do princípio da solidariedade perante aquele que realmente necessita da herança para sobreviver. É assim que o direito a herança e sua função social são atingidos, não com normas abstratas, generalizantes e sem leva em consideração a real necessidade daquele que recebe em contraponto a autonomia privada daquele que dispõe.

A legítima no percentual e na forma como atualmente prevista privilegia os descendentes, os ascendentes e o cônjuge - sendo esses os herdeiros necessários - em igualdade formal. Os critérios são a parentalidade, a consanguinidade e a conjugalidade. A lei presume que essa seria a vontade do *de cuius* - beneficiar aos seus parentes mais chegados -, mas a previsão normativa é abstrata e não acompanha os desdobramentos familiares e as diversas formas de constituição familiar.

Nessa perspectiva, o critério de vulnerabilidade surge em matéria sucessória, e possibilita reflexões sobre o caminho de atualização legislativa que o Direito das Sucessões, especialmente o instituto da legítima, pode tomar. A solidariedade não pode ser vista como conceito antagônico da autonomia privada, mas régua a ser seguida para dar sentido à restrição da autonomia, ou seja, não se trata de escolher entre solidariedade e autonomia privada - num pensamento de uma exclui automaticamente a outra -, mas analisar em que circunstâncias a ideia de

solidariedade seja ela familiar ou social encontra seu fundamento e respaldo para limitação da autonomia.

A imposição de deixar metade do patrimônio a determinados membros da família, sem levar em consideração a real necessidade deles, sob o pretexto de uma solidariedade pura, indiscriminada, não alcança a verdadeira solidariedade, da mesma forma que não alcança o real sentido hermenêutico do direito constitucionalmente garantido à herança. Nesse sentido, Patrícia Rocha explica:

A herança deve ser compreendida em um contexto social, considerando-se sua repercussão para além da vontade do *de cuius*, o que importa em reconhecer, indistintamente, o direito a uma reserva patrimonial a determinados sucessores tão somente porque se encontram ligados ao falecido por vínculos familiares próximos.³³⁴

A função social da legítima se manifesta na garantia da manutenção da vida digna, desenvolvimento e sustento dos herdeiros que dela necessitam que a recebe, e é certo que nas situações em que o altruísmo familiar é ausente, o Estado deve intervir para garantir a proteção daqueles que realmente precisam. Em se tratando de interferência estatal em campo privado do indivíduo, ela deve ser justificada e devidamente refletiva, não de forma vaga, imutável e abstrata. Não havendo a necessidade o herdeiro - pois o seu desenvolvimento e sustento já foram garantidos - seja em vida do autor da herança, seja em razão dos próprios esforços do herdeiro -, não se mostra justificável a obrigatoriedade da legítima, pois sua função já foi alcançada.

Para se alcançar a verdadeira solidariedade, em observância da função social da herança e do instituto da legítima, uma solução seria destinar a proteção de reserva legitimária aos herdeiros que realmente necessitam dela, importando o conceito de vulnerabilidade para efeitos sucessórios.

Alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, como da Argentina, Espanha e até propostas de lei em trâmite no Brasil, já inseriram o critério da vulnerabilidade em

³³⁴ ROCHA, Patrícia Ferreira. A solidariedade familiar alimentar como parâmetro à atribuição da legítima aos herdeiros necessários. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 585-598. E-book. ISBN 978-85-450-0591-9. p. 593.

matéria de Direito das Sucessões. No Código Civil da Argentina, em seu artigo 2.448, possibilita a disposição de um terço da quota reservada à legítima para beneficiar descendentes ou ascendentes com deficiência, trazendo a figura da *mejora a favor de heredero con discapacidad*, com a seguinte redação:³³⁵

*El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.*³³⁶

O Código Civil espanhol também contempla norma de observância especial em seu artigo 808, que autoriza, quando houver herdeiros legitimários com incapacidade, o testador a dispor em seu favor da legítima *estricta* dos demais herdeiros legitimários capazes:

*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa.*³³⁷

Em tramitação no Congresso Nacional, o projeto de lei nº 3799 de 2019 de iniciativa da Senadora Soraya Thronicke propõe, na mesma linha dos países citados, o acréscimo de dois parágrafos ao artigo 1.846 – norma que dispõe sobre a legítima – que possibilitaria ao testador destinar um quarto da legítima a herdeiros com vulnerabilidade, desde que descendentes, ascendentes ou cônjuge. A proposta segue com o seguinte texto:

³³⁵ Anderson Schreiber e Francisco Viegas propõem, nesse sentido, uma “releitura funcional da legítima”. In: SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211- 250, abr - jun 2019. Disponível em: < <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>.

³³⁶ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 2.448.

³³⁷ ESPANHA. Código Civil. Artículo 808, cuarta parte.

“Art. 1.846. § 1º O testador poderá destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, a cônjuge ou companheiro com vulnerabilidade. § 2º Considera-se pessoa com vulnerabilidade, para fins deste artigo, toda aquela que tenha impedimento de longo prazo ou permanente, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em relação a sua idade ou meio social, implica desvantagens consideráveis para sua integração familiar, social, educacional ou laboral, obstruindo sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (NR)³³⁸

Apesar de serem disposições que inovam o tratamento do instituto da legítima, ainda não nos parece suficientes. Isso porque foram acréscimos que sugerem uma faculdade ao testador de dispor da forma estabelecida nas normas, mas, ao mesmo tempo, manteve a reserva obrigatória da legítima, nos mesmos percentuais e aos mesmos herdeiros necessários – com exceção do projeto de lei brasileiro, que propõe a retirada do cônjuge do rol e será abordado em tópico próprio.

Entendemos que a reserva da legítima deveria transformada e a proteção normativa destinada somente aos herdeiros que se encontrem em situação de vulnerabilidade, seja ela física, mental, econômica, etária, ou qualquer outra que o impossibilite de, por si só, conseguir os recursos necessários à sua subsistência, e somente nesses casos. Não havendo herdeiros nessa situação, não verificamos sustentação para manter restrita a liberdade de testar.

Da mesma forma, o percentual de reserva também não pode ser estanque, imutável, pré-determinado. A proteção dos membros da família pelo critério da vulnerabilidade a fim de atingir a finalidade solidária e funcional que se busca, deve ser orientada a, tanto quanto possível, garantir efetivamente as condições necessárias à subsistência e à dignidade do herdeiro realmente necessitado, sem réguas matemáticas abstratas. Assim, a proteção seria analisada a partir de critérios concretamente considerados em cada caso, e determinada no percentual e

³³⁸ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3799, de 2019. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1674177560202&disposition=inline&_gl=1*17hg1f2*_ga*NTg2MzU0MjQyLjE2ODk2MDkwNjE.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4OTYwOTA2MS4xLjAuMTY4OTYwOTA2Ni4wLjAuMA.

quantidade suficiente para se alcançar a função social do instituto e a solidariedade familiar efetivamente verificada.

Curioso notar que, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, no antigo Código Civil de 1916 foi incluído, pela Lei 10.050/200 o §3º do art. 1.611, no qual estendeu o direito real de habitação do cônjuge para o filho órfão portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho. Essa disposição não foi reproduzida no atual Código Civil, muito embora seja muito mais condizente com a efetividade da proteção da família sob a perspectiva de individualização de seus membros e necessidades, do que uma norma abstrata que protege determinadas pessoas independentemente de necessitarem ou não.

A flexibilização da legítima para os critérios de vulnerabilidade e, conseqüentemente, o aumento da autonomia privada exercida na liberdade testamentária - ou qualquer outra forma de disposição de última vontade reconhecida -, alcançaria a solidariedade na sua perspectiva social, pois possibilitaria a disposição patrimonial do testador para outros herdeiros mais necessitados do que aqueles que, atualmente, a lei obriga o titular do patrimônio a deixar - filhos, pais e cônjuge. A título ilustrativo, a forma de disposição atual considera o grau mais próximo e exclui o grau mais remoto. Em razão do aumento da expectativa de vida, suponhamos que quando do falecimento, o autor da herança tinha dois filhos “feitos na vida” e um neto socioafetivo de sua falecida esposa, com deficiência. Nesse exemplo, obrigatoriamente metade do patrimônio do *de cuius* seria partilhado entre os dois filhos. Com uma flexibilização do instituto da legítima e conseqüentemente um aumento da liberdade, o testador poderia deixar seu patrimônio ao neto sócioafetivo em razão de suas necessidades, uma vez que seus filhos não necessitam de seu patrimônio para usufruírem de uma vida digna.

Afinal, o aumento da autonomia privada para efeitos sucessórios não impede que haja normas que regulam a transmissão da herança na ausência de disposição de última vontade do autor, mas abre espaço para aqueles que desejam distribuir seu patrimônio de forma diferente, talvez mais equânime e justa, adotando critérios de necessidade, merecimento e vínculo afetivo.

Em resumo, retomamos ao pensamento que critérios de parentesco ou conjugalidade, por si só, não alcançam o real sentido da solidariedade que justificaria

a herança forçada. As famílias, atualmente, são fortalecidas, em muitos casos, muito mais pelo vínculo de afeto do que necessariamente pelo vínculo consanguíneo. Há um dinamismo nos múltiplos arranjos familiares, sem contar que a manutenção do cônjuge como herdeiro necessário demonstra tamanha discordância com a atual realidade familiar e social - assunto tratado a seguir.

A justificativa para tratamento normativo desigual se encontra na análise de situação de vulnerabilidade, com o objetivo de se proteger o mais frágil, alcançando, assim, a igualdade equitativa e não meramente formal. A igualdade e a solidariedade material exigem atenção especial àquelas pessoas que não possuem condições de sozinhas, proverem o seu sustento. Conforme explica Gustavo Tepedino, “a legalidade constitucional requer a compreensão unitária do sistema jurídico, na qual liberdade e solidariedade possam andar de mãos juntas e a tutela das vulnerabilidades sirva efetivamente de instrumento para o alcance da igualdade.”³³⁹

O direito sucessório não pode se prestar a transmitir a herança de forma indiferente e forçada a herdeiros que não tenham necessidade dela para viverem dignamente em detrimento daquelas que possuam dependência econômica do autor da herança. O direito à herança constitucionalmente garantido não pressupõe, automaticamente, a indispensabilidade do instituto da legítima.

Existem ordenamentos jurídicos que nem sequer a contemplam, mas preveem outras formas de se garantir a solidariedade e a proteção dos herdeiros vulneráveis, ainda que sem a figura da legítima, como é o caso do Código Civil Mexicano que impõe em seu artigo 1374 obrigação ao testador a disposição de pensão alimentícia ao cônjuge ou companheiro e a alguns parentes consanguíneos, sendo essa norma seguida em outras legislações da América Central, como o caso de Honduras, no artigo 1147 do Código Civil.³⁴⁰

Dessa forma, não há como sustentar o fundamento de manutenção da legítima da forma estanque e indiferente como ainda disposta, pois não há qualquer garantia

³³⁹ TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e proteção das vulnerabilidades. Revista Brasileira de Direito Civil. Rio de Janeiro, v. 7, jan./mar. 2016. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-Mar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2023.

³⁴⁰ POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

de que, de fato, isso configura conduta familiar solidária. Em muitos casos, o princípio da solidariedade familiar e social será efetivamente observada e concretizada em normas que estabeleçam proteção a herdeiros sob o critério da vulnerabilidade, podendo, até mesmo, ser parente ou pessoa que não esteja incluída no rol dos herdeiros necessários, mas que tenha dependência econômica do *de cuius*. Assim, impõe-se uma tutela diferenciada a fim de resguardar e proteger a dignidade da pessoa humana daqueles vulneráveis e que possuam dependência econômica do testador.

Pensar sob a linha metodológica da constitucionalização do direito civil, especificamente do Direito das Sucessões, é conciliar a ideia de que a liberdade testamentária pode e deve sofrer limitações a fim de proteger os membros da família - aqui família compreendida em seu sentido dinâmico, plural - desde que coerente com o alcance da função social da herança. Isso é alcançado quando direcionamos a limitação da autonomia privada aos realmente necessitados, em situação de vulnerabilidade. Caso contrário, não há, mais, justificativa na sua limitação.

5.4 Análise crítica do cônjuge, do companheiro e dos ascendentes como herdeiros necessários - reflexões de modernização legislativa

O Código Civil brasileiro de 2002 “inovou” ao acrescentar, no rol dos herdeiros necessários, a figura do cônjuge, junto com os descendentes e os ascendentes. Escolha altamente criticável do legislador que, mais uma vez, parece ter andado para trás na possibilidade de atualização e evolução das normas de Direito Sucessório.

A manutenção da legítima indiscriminada aos descendentes, sem levar em conta a real necessidade deles, já é questionável, incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, e atualmente também o companheiro, é mais questionável ainda.

A evolução conceitual e as transformações na pluralidade de manifestações familiares alcançam, especialmente, as relações conjugais. A trivialidade e a facilidade do divórcio, o aumento significativo de famílias recompostas, o renascimento de manifestações familiares poliafetivas, além de tantas outras formas de constituir família nos presentes dias, escancaram a realidade social totalmente diferente daquela outrora reconhecida apenas pelo casamento, com relações pautadas no

patriarcado e na ideia do “chefe” da família. O dinamismo e o pluralismo nos quais a família hoje se caracteriza nos permitem refletir sobre a necessidade de manutenção do espaço privilegiado que o cônjuge e o companheiro ocupam das normas sucessórias.

Isso sem contar a crescente igualdade entre homens e mulheres que, fática e normativamente presenciemos. As mulheres, atualmente, não mais ocupam no cenário familiar apenas a posição de mãe e cuidadora do lar. A realidade da mulher, atualmente, consiste em, além de cuidar do lar e dos filhos, trabalhar, produzir, constituir sua própria economia, e muitas vezes contribuir para o sustento familiar, seja sozinha ou em conjunto com seu companheiro ou companheira. É claro que não se está aqui generalizando, mas a realidade da distribuição de responsabilidades num âmbito familiar é outra.

Não por acaso, a incerteza de manutenção das relações conjugais leva muitos casais a, no momento de constituírem casamento, optarem pelo regime da separação total de bens.

No Código Civil brasileiro de 1916, o cônjuge não figurava no rol dos herdeiros necessários e era o terceiro na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e ascendentes. A ele era garantido de forma vitalícia, se casado no regime da comunhão universal de bens, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, desde que fosse o único dessa natureza a inventariar. Aos demais cônjuges não casados no regime da comunhão universal, era garantido enquanto fosse viúvo, o usufruto de um quarto dos bens da herança se existisse filhos, ou a metade, se não houvesse filhos, embora existissem ascendentes vivos.

Embora a disposição antiga não fosse a ideal, ainda assim era mais funcionalizada do que a atual disposição que elevou o cônjuge ao seu lugar de destaque e privilégio como herdeiro necessário, além de constar, na ordem de vocação hereditária, em todas as classes de preferência. Além da reserva de proteção da legítima, o cônjuge concorre à herança junto com os descendentes na primeira classe, junto com os ascendentes na segunda, e sem concorrência na terceira.

Se levarmos em consideração que, a depender do regime de bens escolhido pelo casal, haverá, primeiro, a meação dos bens do casal - direito relativo à regime de

bens que não se confunde com herança - e, sem seguida, haverá a partilha da herança, o cônjuge, exceto se casado no regime da separação total de bens - situação em que não há meação - será tanto herdeiro quanto meeiro.

A posição privilegiada do cônjuge no direito sucessório não é motivo de crítica apenas no Brasil. Em Portugal, o cônjuge também é considerado herdeiro legítimo, assumindo lugar de prestígio na ordem de vocação hereditária portuguesa, após a Reforma de 77, e Pamplona Corte-Real fala da “obsessão do legislador de 77 na tutela do cônjuge sobrevivente”.³⁴¹

No julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal brasileiro fixou a seguinte tese de Repercussão Geral: “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.”³⁴²

Com esse entendimento, equiparou-se o tratamento sucessório do companheiro ao cônjuge. Apesar do Supremo Tribunal Federal não ter sido expresso quanto a extensão do julgado na inclusão do companheiro como herdeiro necessário, a maciça doutrina brasileira³⁴³ entende que não pode ser outra interpretação senão a de que, tendo havido a equiparação das normas sucessórias, em todos os sentidos, tal equiparação alcança, também, a posição de herdeiro necessário.

³⁴¹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Curso de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris, 2012. p. 68.

³⁴² STF. Temas 809 e 498 de Repercussão Geral.

³⁴³ Nesse sentido, vide Paulo Lôbo: “são iguais os direitos dos cônjuges e companheiros relativamente à ordem de vocação hereditária (art. 1.829, III), ao direito real de habitação (art. 1.831), à sucessão concorrente com os descendentes e quota mínima (art. 1.832), à sucessão concorrente com os ascendentes (art. 1.837), à qualificação como herdeiro necessário (art. 1.845)”. *In*: LÔBO, Paulo. Direito Civil. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 168.

Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto: “A respeito do tema, Paulo Lôbo destaca que são equiparados os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente e do companheiro, inclusive quanto à ordem de vocação hereditária e à qualificação como herdeiro necessário. (...) É também a nossa posição e, cremos mais, essa será a postura interpretativa que se imporá, acreditamos, na doutrina e na jurisprudência brasileira, na linha da evolução histórica-normativa que temos assinalado.” *In*: ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. Código Civil Comentado artigo por artigo. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2020. p. 1858.

Christiano Cassetari: “Se no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, isso significa que o companheiro passou a ser herdeiro necessário, desde então.” *In*: CASSETTARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. 9º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 789.

Há outras formas de se garantir a subsistência e a proteção do cônjuge ou companheiro dependente economicamente do outro, ou em situação de vulnerabilidade, sem necessidade da proteção da legítima forçada, e sem confrontar a autonomia privada manifestada por outros instrumentos, como escolha do regime de bens por pacto antenupcial.

Alguns exemplos de ordenamentos estrangeiros podem ser citados na linha de alterar a posição sucessório do cônjuge ou companheiro. O primeiro deles é o Código Civil comum da Espanha, onde o cônjuge, apesar de ser considerado herdeiro *forzoso*, sua legítima é garantida apenas em forma de usufruto, e não de propriedade plena. Se concorrer com filhos ou descendentes, terá direito ao usufruto de um terço da herança destinada a *mejora*. Se concorrer com ascendentes, terá direito ao usufruto sobre a metade dos bens da herança. Se não concorrer nem com filhos ou descendentes nem com ascendente, terá direito ao usufruto dos dois terços que compõe o total da reserva legitimária.

No Direito Civil da Catalunha, por sua vez, o cônjuge ou companheiro não integra o rol dos herdeiros *forzosos*, mas a lei regulamenta o que o ordenamento jurídico catalão denominou *cuarta viudal*. Em síntese, a norma garante ao cônjuge ou companheiro, que não possua recursos econômico-financeiros suficientes para satisfazer suas necessidades, o direito de obter da sucessão do cônjuge ou companheiro pré-morto, a quantidade que seja suficiente para atendê-las, até o máximo de um quarto do acervo hereditário líquido. A norma conta com a seguinte redação:

*Artículo 452-1. Derecho a la cuarta viudal. 1. El cónyuge viudo o el conviviente en pareja estable que, con los bienes propios, los que puedan corresponderle por razón de liquidación del régimen económico matrimonial y los que el causante le atribuya por causa de muerte o en consideración a esta, no tenga recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades tiene derecho a obtener en la sucesión del cónyuge o conviviente premuerto la cantidad que sea precisa para atenderlas, hasta un máximo de la cuarta parte del activo hereditario líquido, calculado de acuerdo con lo establecido por el artículo 452-3.*³⁴⁴

O interessante da norma é que ela própria prevê as diretrizes que devem ser levadas em consideração para determinar as necessidades do cônjuge ou

³⁴⁴ CATALUÑA. Código Civil. Ley 10/2008. Artículo 452-1.

companheiro, ao estipular que “*debe tenerse en cuenta el nivel de vida de que disfrutaba durante la convivencia y el patrimonio relicto, así como su edad, el estado de salud, los salarios o rentas que esté percibiendo, las perspectivas económicas previsibles y cualquier otra circunstancia relevante.*”³⁴⁵

Essa disposição normativa, ao nosso ver, atende muito mais aos reais fundamentos de solidariedade e função social da herança, pois limita a intervenção estatal sobre a disposição patrimonial do falecido para atender a fins que justificam a relativização da autonomia, ou seja, a própria necessidade e vulnerabilidade do cônjuge ou companheiro. É norma que vai de encontro com as reflexões do presente trabalho, de que não se fundamenta uma legítima forçada quando há outras formas muito mais coerentes com a realidade atual e com os preceitos e garantias constitucionais.

Outras comunidades autônomas da Espanha como Ibiza y Formentera, Vizcaya - onde vigora *el Fuero de Ayala*³⁴⁶ - e Aragón também não incluem o cônjuge ou companheiro no rol dos herdeiros legítimos.³⁴⁷

A tendência de se retirar o cônjuge ou companheiro do rol dos herdeiros necessários alcança até mesmo as propostas legislativas em trâmite no Brasil, como o projeto de lei nº 3799/2019, citado no tópico anterior. A proposta é de que haja possibilidade de excluir o cônjuge ou companheiro da sucessão, bastando dispor do patrimônio em testamento sem os contemplar, mas com a proteção de garantia de renda para aqueles com insuficiência de recursos para sua subsistência, enquanto

³⁴⁵ CATALUÑA. Código Civil. Ley 10/2008. Artículo 452-2. Deve levar-se em conta o padrão de vida que desfrutava durante a convivência e o patrimônio, assim como sua idade, o estado de saúde, o salário ou rendas que esteja recebendo, as perspectivas econômicas previsíveis e qualquer outra circunstância relevante. - Tradução livre.

³⁴⁶ “Datada do século XIV, esta vigente duas disposições para as pessoas que tenham a lei pessoal desses municípios e cidades - municípios de Amurrio, Okondo y Aiara, Mendieta, y as cidades de Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, pertencentes ao município de Artziniega - que permite liberdade absoluta para partilhar a herança como o testador desejar”. In: ARÉVALO, Eva María Polo. Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. Revista Internacional de Derecho Romano. Abril - 2013. Disponível em <http://156.35.33.189/index.php/ridrom/article/view/18016/14797>. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 354. Tradução livre.

³⁴⁷ MARTÍN, Hilario Mondragon. La legítima en el derecho español. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Disponível em https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 50.

sobreviver o cônjuge ou companheiro, constituindo-se em patrimônio de afetação, nos seguintes termos propostos pelo projeto:

“Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, o cônjuge ou o companheiro, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar. § 1º O cônjuge ou o companheiro com insuficiência de recursos ou de patrimônio para sua subsistência terá direito a constituição de capital cuja renda assegure a sua subsistência. § 2º O capital constituído sobre imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e a renda deles decorrente, são inalienáveis e impenhoráveis, enquanto sobreviver o cônjuge ou companheiro, além de constituir-se em patrimônio de afetação. § 3º Não terá direito ao capital ou a renda de que tratam os §§ 1º e 2º aquele que cometer atos de indignidade ou que permitam a deserdação.” (NR)³⁴⁸

Ressalta-se que as alterações das normas de tratamento da legítima aqui defendidas ou propostas não alcança outros direitos sucessórios, a exemplo do direito real de habitação disposto no artigo 1.831 do Código Civil brasileiro, pois entendemos se tratar de norma que garante direito de moradia, independentemente de qualquer situação de vulnerabilidade.

A legítima dos ascendentes segue a mesma lógica de reflexão. Existem casos - a título ilustrativo - em que, sobrevivendo os ascendentes, é possível que, em razão da idade avançada, necessitem de cuidados especiais que demandem uma disponibilidade financeira que sozinhos eles não disponham. Situações nas quais estaremos diante de pessoas idosas cujos únicos proventos percebidos são aqueles advindos da aposentadoria e insuficientes para todos os gastos e dispêndios que tem para levar uma vida digna. Na perspectiva atual da legítima, se o autor da herança tiver deixado tanto ascendentes quanto descendentes vivos, a reserva de proteção da legítima passará, automaticamente, aos descendentes, afastando os ascendentes. Agora suponhamos que, no exemplo dado, os filhos do *de cuius* possuam plenas condições de proverem o seu sustento, enquanto os pais sobreviventes dependam economicamente do filho, agora falecido. Qual a lógica de se atribuir força obrigatória

³⁴⁸ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3799, de 2019. Disponível em https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1674177560202&disposition=inline&_gl=1*17hg1f2*_ga*NTg2MzU0MjQyLjE2ODk2MDkwNjE.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4OTYwOTA2MS4xLjAuMTY4OTYwOTA2Ni4wLjAuMA.

da legítima nessa ordem, quando há um desequilíbrio entre os envolvidos em que um deles está em situação de vulnerabilidade e o outro não, e a legítima destinada exatamente àqueles que não precisam dela? Quem garante que os filhos do *de cuius*, ou seja, os netos do ascendente vulnerável vivo, manterão a ajuda que antes seu falecido pai dava ao avô?

Em outras situações, é possível verificar que os ascendentes possuem um patrimônio muito maior do que o filho, de forma que a legítima transmitida por força obrigatória de lei, perde novamente seu sentido e sua função.

Não há lógica nessa organização sucessória, pois as chances de se deixar alguém vulnerável à míngua não é só possível, como provável.

Também não é o caso de se inverter a ordem de sucessão legítima. É caso de se pensar uma reestruturação normativa que permita uma maior liberdade e autonomia de disposição patrimonial para efeitos *mortis causa* e, na ausência da solidariedade que se espera naturalmente do testador para com aqueles que precisam da herança, o Estado, por meio da legislação, intervir para garantir o mínimo existencial aos vulneráveis e aos que dele dependam economicamente.

Podemos citar alguns exemplos de ordenamento jurídicos que não contemplam mais os ascendentes como herdeiros necessários, e garantem a observância da solidariedade de outras formas, como pagamento de pensão aos ascendentes vulneráveis ou dependentes financeiros do *de cuius*, como é o caso do Direito Civil Francês. Um dos fundamentos utilizados para essa exclusão foi o fato deles já serem protegidos pela obrigação de alimentos.³⁴⁹

Nas comunidades autônomas de Aragón e Galícia, na Espanha, os ascendentes também não possuem direito à legítima.³⁵⁰ Para Antoni Vaque Aloy, o

³⁴⁹ GUEDES, Ana Rita Monteiro Martins. A legítima dos ascendentes: desadequação do regime e sugestões para a sua mudança. Dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade Católica Portuguesa. Porto, 2021. p. 30.

³⁵⁰ MARTÍN, Hilario Mondragon. La legítima en el derecho español. Tesis doctoral. Universitat Jaume I. Disponível em https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de junho de 2023. p. 50.

problema dos idosos em situação de vulnerabilidade econômica deve ser resolvido por meio de opções políticas e legislativas, não imposição da reserva legítima.³⁵¹

Portanto, com o aumento da liberdade testamentária, e concentrando a lei seus esforços em garantir uma proteção aos herdeiros vulneráveis, haveria um maior equilíbrio na convivência pacífica entre a liberdade e autonomia privada do testador, com a proteção ao direito de herança e ao princípio da solidariedade. O autor da herança pode dispor de seu patrimônio e distribuí-lo da forma que entender mais justa e, havendo herdeiros vulneráveis que dependam economicamente do testador sem que este contemple a proteção dos que dele dependem, haveria mecanismos legais cuja função seria a de garantir essa observância.

A lógica tanto para a proteção do cônjuge ou companheiro quanto para os ascendentes é a mesma. Deve haver proteção àqueles que são vulneráveis ou economicamente dependentes do *de cujus*, sem necessariamente isso significar em uma obrigatoriedade de manutenção do instituto da legítima.

5.5 Possibilidade de relativização da proibição genérica de contratualização do fenômeno sucessório - a possibilidade de renúncia antecipada à sucessão futura em pacto antenupcial

A proibição genérica dos pactos sucessórios prevista no artigo 426 do CC brasileiro, estudada no terceiro capítulo, exclui os negócios jurídicos bilaterais como instrumento de atuação da autonomia privada na seara do Direito das Sucessões. Essa generalização, ainda mais intensificada pelo esquema rígido das normas sucessórias, acaba por limitar, ainda mais, a liberdade do indivíduo de disposição patrimonial para efeitos *mortis causa*, situação que também merece uma revisão.

Um dos fundamentos principais para a proibição genérica dos pactos sucessórios reside no fato de, por sua natureza contratual e bilateral, os contratantes possam estipular cláusula de irrevogabilidade, além da justificativa moral de se

³⁵¹ ALOY, Antonio Vaqui. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, ano 3 (2007), 1-25. Disponível em https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf. Acesso em 20 de junho de 2023. p.9.

contratar sobre herança de pessoa ainda viva, sob o risco de despertar sentimentos imorais, como o desejo de morte à pessoa cuja futura herança é o objeto de contrato.

Rolf Madaleno ainda aponta mais razão para a proibição dos pactos sucessórios, que reside no fato de poderiam ser utilizados e manejados para ilidir normas sucessórias ordem pública, para retirar a herança de quem, por lei, é reservado direitos hereditários inafastáveis – como por exemplo a legítima dos herdeiros necessários.³⁵²

Na mesma linha de reflexão sobre de flexibilização do instituto na legítima, entendemos não ser o caso de sair de um extremo – completa proibição – para outro – restrição nenhuma. Ao nosso ver, a proibição dos pactos sucessórios encontra seu fundamento em algumas situações, mas comporta exceção que deve ser considerada, principalmente na possibilidade de renúncia antecipada à herança.

A absorção pelo direito brasileiro de uma proibição, sem ressalvas, do pacto sucessório, se deu sem muitas reflexões ou análise crítica, principalmente porque essa vedação alcança até mesmo os pactos abdicativos – *de non succedendo* -, contrato por meio dos quais se estipularia a renúncia antecipada.

No que diz respeito à natureza jurídica da renúncia, a doutrina se divide em dois entendimentos. O primeiro de que se trata de negócio jurídico unilateral, se caracterizando a partir de uma manifestação voluntária abdicativa de direitos, sem necessidade de transmitir os direitos renunciados a quem quer que seja.³⁵³

O segundo entendimento é o de que a renúncia se configura, na verdade, como um ato jurídico *strictu sensu*, pois apesar da necessidade de manifestação da vontade e da presença da autonomia privada, os efeitos decorrentes da renúncia à herança decorrem da lei, e não da vontade do renunciante.³⁵⁴

³⁵² MADALENO, Rolf. Renúncia de herança no pacto antenupcial. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em

https://www.infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf.

Acesso em 20 de junho de 2023. p. 2.

³⁵³ Nesse sentido, vide: MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 135 e

VELOSO, Zeno. Código Civil comentado. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60

³⁵⁴ Nesse sentido, vide: SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Sucessões. 6ª ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2013. v. 6. p. 46 e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. p. 116

Seguimos o segundo entendimento - de que a melhor classificação da natureza jurídica da renúncia é herança é de tratar de ato judicio *strictu sensu* -, pois o direcionamento dos efeitos não reside na vontade do renunciante, mas na vontade da lei. A respeito disso, concordamos com Rolf Madaleno que não admite a possibilidade de renúncia translativa. A renúncia é sempre abdicativa, e ocorre porque o renunciante não quis aquela herança e se excluiu dela. A renúncia translativa – que doutrinariamente se compreende com a renúncia em favor de alguém – não passa de uma cessão de direitos hereditários, pois para haver transferência da herança a alguém, primeiro é preciso aceitá-la. A renúncia, pura e abdicativa, consiste apenas na manifestação de não aceitação da herança. Quem determina os efeitos dessa exclusão de herdeiro por renúncia, é a legislação.³⁵⁵

Independentemente da corrente seguida, ambas concordam que, ainda que a renúncia esteja inserida em um negócio jurídico bilateral – contrato de pacto antenupcial, por exemplo -, ela não perde sua característica de unilateralidade, pois dotada de total autonomia privada do renunciante, e incondicionada à aceitação ou concordância do outro.

A renúncia ou aceitação à herança no Código Civil brasileiro, é estipulada nos artigos 1.804 a 1.813. Pelo princípio da *saisine*, com o falecimento de alguém, há a transferência imediata do patrimônio aos seus herdeiros, independente de aceitação. A legislação optou pela transferência incondicionada e imediata por não permitir que o patrimônio fique em um limbo de propriedade. O inventário, arrolamento e posterior partilhar apenas confirma, formalmente, a propriedade dos bens aos herdeiros do *de cuius*.

No caso de o herdeiro não querer o recebimento desses bens, o instituto jurídico reservado é o da renúncia a herança, que deve ser manifestada expressamente por instrumento público ou termo judicial,³⁵⁶ de forma que, no silêncio do herdeiro, a presunção é de aceitação da herança. Havendo a renúncia, seus efeitos retroagem ao momento da abertura da sucessão, ou seja, da morte do *de cuius*. Ela

³⁵⁵ MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 139.

³⁵⁶ Código Civil brasileiro. Art. 1.806. A renúncia da herança deve contar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

deve sempre ser total – não se admitindo aceitar parte da herança e renunciar outra³⁵⁷ - e incondicionada.

A renúncia à herança, no entanto, não pode se dar antecipadamente, ou seja, não pode ocorrer antes da abertura da sucessão. Somente é admitida a renúncia se ocorrer o evento morte do autor da herança, nunca antes, conforme interpretação que se extrai do disposto no artigo 1.807 do CC brasileiro.

A impossibilidade de renúncia antecipada a herança é consequência da proibição absoluta dos pactos sucessórios, e nesse sentido não é possível contratar ou convencionar sobre a herança do cônjuge em pacto antenupcial.

A fim de contextualizar o tema, o CC brasileiro prevê que os nubentes são livres para estipular quanto aos seus bens, antes do casamento, o que lhes aprouver, e regula a normas aplicáveis a cada regime de bens. De forma breve e resumida, o **regime de comunhão parcial de bens** dispõe que, como regra, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente, na constância do casamento.³⁵⁸ Já o regime da **comunhão universal de bens**, a regra é a de que, com algumas poucas exceções³⁵⁹, comunicam-se os bens presentes, antes do casamento, e futuros, constituídos na constância dele.³⁶⁰ Na **participação final nos aquestos**, o patrimônio não é compartilhado entre os cônjuges na constância da casamento, cabendo a administração exclusiva dos bens a cada cônjuge³⁶¹, mas havendo dissolução, os bens adquiridos a título oneroso serão divididos pelos cônjuges.³⁶² Por fim, o **regime da separação de bens** estipula que os bens “permanecerão sob a administração

³⁵⁷ Com exceção da ressalva do artigo 1.808, em que se admite que, ao herdeiro que também for legatário, renunciar ao legado e aceitar a herança e vice-versa.

³⁵⁸ Código Civil brasileiro. Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

³⁵⁹ Código Civil brasileiro. Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

³⁶⁰ Código Civil brasileiro. Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

³⁶¹ Código Civil brasileiro. Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

³⁶² Código Civil brasileiro. Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”³⁶³

Vigora, na escolha de bens da vida conjugal, a autonomia privada dos nubentes de optarem por qualquer um dos regimes de bens tipificados, ou mesmo optar por disposição mista ou híbrida, quando há adoção de características próprias de mais de um regime de bens. Essa autonomia privada é manifestada por meio do pacto antenupcial, e na ausência de qualquer estipulação das partes, o regime legal ou supletivo é o da comunhão parcial de bens.

A única exceção à livre escolha dos cônjuges quanto ao regime de bens adotado na vigência do casamento é a disposta do artigo. 1.641, que determina que, em algumas situações, obrigatoriamente o regime será o da separação de bens, sendo o caso das pessoas que celebrarem casamento com inobservância das causas suspensivas³⁶⁴, das pessoas maiores de setenta anos, e de todos aqueles que necessitarem de suprimento judicial para se casar.

A problemática aqui analisada reside nos desdobramentos do exercício da autonomia privada dos cônjuges na escolha de bens que regerá seu casamento e sua intersecção nas normas de direito sucessório, especialmente a ordem de vocação hereditária e a legítima do cônjuge.

Como vimos nas reflexões do tópico anterior, não se justifica a manutenção do cônjuge no rol dos herdeiros necessários. O regime de bens escolhido pelos cônjuges reflete a autonomia privada de cada um deles de determinarem como se dará a partilha de bens em caso de dissolução do casamento. Bem sabemos que as normas que regem o regime de bens se direcionam para determinar se, em caso de dissolução, haverá meação, de quais bens e de que forma. Elas não se aplicam para

³⁶³ Código Civil brasileiro. Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

³⁶⁴ Código Civil brasileiro. Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

determinar a partilha da herança do cônjuge morto, pois meação e herança não se confundem.

No entanto, se a escolha de bens reflete a autonomia privada dos nubentes em vida, essa autonomia privada não pode ser limitada pelo direito sucessório. A ampla liberdade na escolha do regime de bens no casamento com a projeção dos arranjos patrimoniais expressamente manifestados em vida, constitui a própria continuação da personalidade do *de cuius*.

Pela ordem de vocação hereditária, o cônjuge é herdeiro, em concorrência com os descendentes, salvo no regime da comunhão universal de bens – pois haveria a meação de todos os bens pela escolha desse tipo de regime -, e no da separação obrigatória – aquele contraído nas circunstâncias do artigo 1.641 do CC. No regime da comunhão parcial, será herdeiro concorrente quanto aos bens particulares do *de cuius*. Dessa forma de disposição podemos interpretar que a opção do legislador foi claramente separar a meação da herança. “Onde o cônjuge herda, não meia; onde meia, não herda.”³⁶⁵ Em concorrência com os ascendentes, herdará independentemente do regime de bens. E em terceira posição da ordem, não havendo descendentes ou ascendentes, herdará sozinho.

Importante analisarmos as discussões que sempre rondaram a sucessão do cônjuge casado no regime de separação de bens. Como vimos, a separação de bens pode ser estipulada voluntariamente pelos cônjuges, em pacto antenupcial, quanto obrigatoriamente por força de lei se presente alguma das hipóteses que obrigam os nubentes a esse regime.

O texto normativo do artigo 1.829, inciso I do CC brasileiro sofre de uma imprecisão, pois a ressalva da concorrência sucessória dos cônjuges utiliza a expressão “separação obrigatória” – que nos remete às hipóteses de imposição do artigo 1.641 do CC -, mas menciona, entre parênteses, o artigo 1.640, parágrafo único, cuja redação é de que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a

³⁶⁵ NICOLAU, Gustavo Rene. Direito civil: sucessões. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85.

opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

Nota-se que o artigo remetido pelo texto do inciso I do artigo 1.829 não diz respeito à separação obrigatória. Nesse sentido, uma parte da doutrina³⁶⁶ sustenta que, a expressão “separação obrigatória” somente exclui a concorrência do cônjuge, no caso de se tratar de matrimônio contraído numa das circunstâncias elencadas pelo art. 1.641 do CC, de forma que, aqueles casados sob o regime da separação convencional – por exercício da autonomia privada – não estariam excetuados pela lei e, portanto, herdariam em concorrência com os descendentes. Para essa corrente, a exclusão se deve ao fato de que, conforme antigo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁷, há comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento e, portanto, o cônjuge sobrevivente teria o direito à meação.

A outra corrente doutrinária, por sua vez, entende que a autonomia privada dos cônjuges livremente manifestada quando da escolha do regime da separação convencional de bens tem como um dos propósitos exatamente alcançar os seus efeitos para na sucessão por morte, e interpretar de outra forma esvaziaria todo o sentido lógico de suas necessidades, além de desrespeitar e ferir o princípio constitucional da liberdade.³⁶⁸

Essas distorções geradas pelo rígido esquema do direito sucessório acabaram gerando discussões jurisprudenciais, principalmente após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 992.749/MS, julgado em 01 de dezembro de 2009, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, caso paradigmático e indispensável para a análise crítica do

³⁶⁶ Nesse sentido, vide: TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6; DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.296.

³⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 377. “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

³⁶⁸ Nesse sentido: “quando os nubentes escolhem livremente o regime de bens, mediante pacto antenupcial, ou aceitam (o que também é expressão da liberdade e da autodeterminação) o regime legal supletivo (comunhão parcial de bens), têm como um dos objetivos principais, exatamente, os efeitos da sucessão por morte. A interpretação que postula a extinção do efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), quando for o cônjuge, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição) que é expressão do macrop princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar.” LÔBO, Paulo. Direito civil. Sucessões. São Paulo: Saraiva 2013. p.136.

direito sucessório. Se tratava de caso que envolveu o falecimento de homem, de 51 anos de idade e saúde debilitada, que contraiu segunda núpcias com uma mulher de 21 anos de idade, sob o regime da separação absoluta e convencional de bens. Após o seu falecimento, a esposa requereu a sua habilitação no inventário, rogando a ordem prevista no artigo 1.829, inciso I do CC. Houve recurso dos herdeiros do deferimento do juízo de primeiro grau, ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, porém sem sucesso.

O Superior Tribunal de Justiça reformou o julgado, excluindo o cônjuge sobrevivente da sucessão. Em síntese, os fundamentos principais invocados foram os seguintes: a) “O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional.”; b) Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.”; c) “não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses”; d) “quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante”; e) “os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública”; f) “A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões”; g) “Haveria, indubiosamente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria”; h) “O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de

bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade”.³⁶⁹

Parece-nos que o Superior Tribunal de Justiça julgou com base na justiça material, equitativa, e a partir da análise das circunstâncias fáticas apresentadas pelo caso concreto, e evidenciou que as normas de direito sucessório aplicáveis ao caso estavam em completa dissonância axiológica com os preceitos constitucionais, especialmente a função social da herança e a igualdade substancial. Isso sem contar o contrassenso de que ao admitir sucessão do cônjuge casado pelo regime da separação convencional a lei forçou a comunicação de bens que os nubentes escolheram não partilhar em vida.

Atualmente, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça mudou o entendimento, reconhecendo a concorrência sucessório do cônjuge casado no regime da separação convencional de bens, sendo essa a interpretação pacificada na jurisprudência atualmente.³⁷⁰

Nosso entendimento vai além de aderir a alguma das duas correntes narradas, pura e simplesmente da forma como desenvolvidos. Ao nosso ver, o real e grande problema que faz surgir tais desdobramentos reside exatamente na restrição de liberdade e autonomia privada para dispor do patrimônio para efeitos *mortis causa*, atrelada a proibição genérica de se contratar sobre herança de pessoa vida.

São por essas e demais razões até agora expostas no trabalho que a retirada do cônjuge como herdeiro necessário já conseguiria resolver grande parte das inconsistências e imprecisões, pois permitirá que o cônjuge afaste o outro nas suas disposições de última vontade, ou por qualquer outra forma de planejamento sucessório – resguardado, claro, os direitos e a proteção do cônjuge vulnerável ou dependente economicamente, na linha anteriormente defendida.

Mas, além da própria funcionalização do instituto da legítima, quando analisamos sob a perspectiva dos pactos sucessórios, é possível concluir que a sua flexibilização contribuiria significativamente para necessária adequação das normas

³⁶⁹ STJ - REsp: 992749 MS 2007/0229597-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

³⁷⁰ STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014.

de direitos sucessório. Isso porque, a possibilidade de os cônjuges renunciarem antecipadamente à herança do outro, por meio do pacto antenupcial, certamente evitaria os conflitos judiciais.

A nova leitura do Direito Civil a partir de sua interpretação constitucional precisa estar aberto às mudanças e adequações hermenêuticas de institutos jurídicos seculares, a fim de abrir adequar-se à realidade social, superando as antigas normas generalizantes e abstratas, que não mais se sustentam diante dos fatos e demandas atuais.

Em Portugal, exatamente pelos mesmos entraves suportados no Brasil, a Lei nº 48/2018 flexibilizou, a proibição dos pactos sucessórios, passando a permitir aos nubentes a renúncia recíproca à condição de herdeiros legitimários, desde que realizada em pacto antenupcial, de forma recíproca e que o regime adotado pelo casal fosse o da separação de bens – convencional ou obrigatório. Verifica-se, na verdade, que foi uma dupla flexibilização, pois excetuou a regra de proibição genérica dos pactos sucessórios e, ao mesmo tempo, contemplou possibilidade legal de afastamento da legítima por meio de renúncia recíproca e antecipada do próprio herdeiro legítimo.³⁷¹

Outro importante exemplo estrangeiro se trata da Lei n. 10/2018 da Comunidade Autónoma de Catalão, relativa ao livro quarto do Código Civil Catalão que regula as sucessões, dedica, também, especial atenção para flexibilização da proibição absoluta dos pactos sucessórios ao dispor, em seu artigo 431-1 e seguintes, a possibilidade de duas ou mais pessoas realizarem disposições e acordos sobre sucessão futura de qualquer das partes, seja de forma recíproca ou em favor de terceiros, com amplo alcance de seu objeto.³⁷²

³⁷¹ PORTUGAL. Código Civil Artigo 1.700.º “1. A convenção antenupcial pode conter:

a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;
b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.

c) A renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo do outro cônjuge.

2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas.

3 - A estipulação referida na alínea c) do n.º 1 apenas é admitida caso o regime de bens, convencional ou imperativo, seja o da separação.”

³⁷² CATALUÑA. Ley 10/2008, de 10 de julio.

Essa flexibilização oportuniza um planejamento sucessório muito mais condizente com a real vontade do titular do patrimônio. O Estado não tem interesse em interferir na organização patrimonial e de vida da família, devendo a autonomia privada, nesses casos, se sobrepor à intervenção estatal, devendo essa ficar reservada para a tutela e proteção dos interesses dos vulneráveis e necessitados. Em se tratando de escolha conjunta de regime de bens no casamento, as partes deveriam ter liberdade de regular as suas sucessões recíprocas.

Dessa forma, a possibilidade de incluir exceção à vedação genérica dos pactos sucessórios a fim de autorizar a renúncia recíproca dos cônjuges em pacto antenupcial – e aqui, defendida em qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal -, não constitui ato imoral ou repudiável. Se é possível aos cônjuges renunciarem à meação – por se tratar de direito patrimonial disponível -, não vemos o porquê de não estender essa possibilidade também à herança. Da mesma forma não seria ato que despertaria desejo de morte contra o cônjuge, pois a renúncia exercida dessa forma não geria qualquer expectativa de recebimento de bens a instigar esse sentimento.

Como já exposto anteriormente no terceiro capítulo do trabalho³⁷³, a simples inclusão de uma ressalva no começo do texto normativo do artigo 426 do Código Civil com “salvo nos casos expressamente permitidos”, em conjunto com o acréscimo nas normas de direito sucessório com a possibilidade de renúncia à herança em pacto antenupcial, já conseguiria amenizar alguns dos problemas e entraves explanados.

5.6 Relevância dos protocolos familiares empresariais na solução de problemas da sucessão de empresa familiar – maior liberdade para planejamento da sucessão

Os dois institutos limitantes da autonomia privada em matéria de Direito das Sucessões – a legítima da forma como estruturada e a proibição genérica dos pactos sucessórios – deixa ainda mais aparente a necessidade de se lançar um olhar cuidadoso sobre a importância do planejamento sucessório, especialmente quando estamos diante das problemáticas da sucessão de empresa familiar e a dificuldade de

³⁷³ Vide tópico 3.8.

planejamento efetivo de sua transmissão. A necessidade e o interesse socioeconômicos de manutenção das empresas familiares evidencia uma preocupação em se organizar a sucessão dentro das empresas familiares, a partir de mecanismos e instrumentos que possibilitem um planejamento sucessório amplo e efetivo para evitar a fragmentação da empresa familiar e de seus bens.

Nesse sentido, destaca-se a relevância dos protocolos familiares, se não na total solução – até mesmo por conta dos entraves anteriormente estudados -, ao menos na diminuição dos problemas advindos da junção entre empresa, família e sucessão *mortis causa*.

Tendo em vista que não há, ao menos no Brasil, regramento específico que cuide dos problemas e das particularidades relativas à sucessão de empresa familiar, nem tampouco que impeça, em razão das disposições das normas sucessórias, que os herdeiros necessários reclamem a sua quota hereditária da empresa, é possível afirmar que a elaboração de protocolos familiares constituem importante instrumento para assegurar a continuidade delas, com conteúdo que vai desde a profissionalização da empresa, até mecanismos e acordos que permitam a empresa transitar entre gerações. O protocolo familiar, portanto, é parte do planejamento estratégico e corporativo da empresa familiar.

Consideramos os protocolos familiares como negócios jurídicos plurilaterais e atípicos, pois implica a participação de todas as partes ligadas diretamente com a empresa familiar, desde os sócios, até os familiares dos sócios – como cônjuge, por exemplo – gerentes, diretores etc., além de seu conteúdo ser os mais variados – como vimos no tópico 4.5.4. Não é algo impositivo e, portanto, a manifestação da autonomia privada deve estar presente para aqueles que consentirem com a elaboração dos protocolos e seus termos, além de seu caráter parassocial, pois constitui documento diverso, porém interligado, ao contrato social da empresa.

É a autonomia privada em sua máxima expressão no momento de instrumentalizar documentos, tanto particulares quanto públicos, que contenham as pactuações direcionadas a regular as diversas relações que se inserem no âmbito das empresas familiares, com o objetivo de prevenir ou solucionar dos conflitos que podem

surgir dessas relações. É documento que pode englobar tanto questões patrimoniais como existenciais

O contrato social – documento indispensável para a constituição de empresa – já alcança em suas cláusulas algumas questões relevantes, como a limitação de transmissão de participações sociais, ou mesmo disposições que impedem o ingresso de pessoas estranhas ao quadro societário, com vista a garantir a manutenção do requisito da *affectio societatis* entre os sócios. No entanto, grosso modo, ele não se mostra suficientemente apto a cobrir uma maior quantidade de situações, conflituosos ou não, que se apresentam no cotidiano das empresas familiares.

O principal e mais antigo instrumento de planejamento sucessório é o testamento, mas, atualmente, em vistas às necessidades particulares e específicas, outros mecanismos foram surgindo, principalmente no âmbito empresarial, exatamente porque os testamentos possuem a característica de produzirem efeitos apenas após a morte, enquanto diversas questões atinentes às empresas familiares necessitam de serem coordenadas e planejadas para gerar efeitos imediatos, no próprio cotidiano do exercício da atividade empresária.

O planejamento se insere em um contexto de preocupação em resolver conflitos nas situações tanto atuais quanto futuras da empresa, e em se tratando de uma empresa familiar, a complexidade é ainda maior, pois envolve e abrange múltiplas variedades, como família, sucessão, patrimônio e empresa. Exatamente em razão disso é que o planejamento é um caminho muito mais vantajoso do que deixar os possíveis conflitos e problemas futuros à decisão do judiciário, pois essas decisões nem sempre – podemos até dizer, raramente – se mostram as mais adequadas para a manutenção e continuidade das empresas familiares.

Apesar de, ainda, limitado pelas rígidas normas de direito sucessório, os protocolos familiares permitem a estruturação da transmissão da empresa familiar por um ato *inter vivos*, externando a vontade dos envolvidos na forma em como se dará a continuidade da empresa familiar, principalmente no caso da morte do titular – se empresa individual – ou do sócio ou acionista majoritário e com poder de controle na sociedade familiar.

A importância desse instrumento no âmbito empresarial familiar quando vislumbramos países como a Espanha, Portugal e Itália lançarem mão de desenhar dispositivos legais que se atentem para alguma estruturação normativa dos protocolos familiares e sua relevância para as empresas familiares.

Na Espanha, a nova redação do artigo 1.056 do Código Civil comum – estudada no tópico 4.5.1 - com alterações introduzidas pela Lei n. 07/2003, passou a prever a possibilidade do pagamento da quota da legítima em dinheiro, a fim de preservar indivisa a exploração econômica, atendendo aos princípios da função social e da preservação da empresa. Apesar desse disposto estar contemplado na parte dos testamentos, a sua primeira parte remete a partilha efetuada tanto por disposição de última vontade, quanto por ato *inter vivos*. Ademais, quando realizada a sua leitura em conjunto com o artigo 1.271 do Código Civil³⁷⁴, podemos concluir que o direito espanhol permite os protocolos familiares e lhes atribui plena eficácia jurídica como instrumento de planejamento sucessório.

Outra importante norma espanhola é o Real Decreto 171/2007 que tem como objetivo regular a publicidade dos protocolos familiares. Já na exposição preliminar do texto original, percebemos a preocupação da país em regulamentar o instrumento como forma de remover os obstáculos a uma efetiva sucessão da empresa familiar a partir de uma autorregulamentação dos próprios interesses da empresa familiar, nos seguintes termos:

Uma grande parte do tecido empresarial espanhol é constituído por empresas de carácter familiar em sentido lato, ou seja, aquelas em que a propriedade ou o poder de decisão pertencem, total ou parcialmente, a um grupo de pessoas que são parentes consanguíneos ou afins entre si. Essa realidade econômica, jurídica e social exige levar em consideração suas peculiaridades e a legítima autorregulamentação de seus próprios interesses, especialmente com relação a sucessão da empresa familiar, removendo obstáculos e proporcionando instrumentos ao operador do direito. A cultura do protocolo familiar, acordo de acionistas, é sancionada nas práticas econômicas e de boa governança das empresas familiares dos países ao redor, especialmente anglo-saxões, na medida em que é considerada uma garantia adicional a terceiros, investidores e credores, bem como para

³⁷⁴ Código Civil espanhol. Artículo 1.271. “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.”

os próprios sócios, por proporcionar previsibilidade para a mudança geracional na sociedade.³⁷⁵

Com relação aos protocolos familiares no Direito Espanhol, pertinente trazer ao estudo decisão do Tribunal Supremo³⁷⁶ lavrada em 2020, acerca de litígio envolvendo atos praticados em violação aos termos de protocolo familiar assinado em 18 de julho de 1983.

Em breve resumo do caso, tratou-se de situação na qual, em 18 de julho de 1983, foi assinado um protocolo familiar entre todos os filhos do senhor Horacio, denominado "Convenio de Diretrizes, Relações e Coeficientes de Participação do Grupo Económico Zapata" com o objetivo de regular, de acordo com a terminologia usada no protocolo, "as regras de conteúdo moral e jurídico às quais se submeteriam a partir de então as relações com a empresa, com a finalidade de garantir a sobrevivência e continuidade da empresa no futuro e a harmonia e convivência entre os diferentes grupos de acionistas". Nesse documento, procedeu-se a distribuir e atribuir as participações societárias das sociedades integradas no grupo entre todos os irmãos, filhos do Sr. Horário. O grupo empresarial, composto por várias sociedades, manteve seu capital distribuído nos percentuais acordados no protocolo familiar, até que em 2014 vários dos irmãos - sem a intervenção dos de alguns outros irmãos - decidiram realizar permutas, compras e doações de ações e participações sociais, cuja pretensão da ação era a de anular referidos negócios jurídicos.

Tanto a decisão de primeira instância, quanto a decisão que julgou a apelação – ambas tendo julgado totalmente improcedentes os pedidos – foram mantidas pela

³⁷⁵ Tradução livre de "Una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico. La cultura del protocolo familiar, shareholders agreement, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad." ESPANHA, Real Decreto 171/2007.

³⁷⁶ STS 507/2020. ECLI: ES:TS:2020:507. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Sección 1. Recurso 1824/2017. Resolución 120/2020. Fecha 20/02/2020. Recurso de casación. Sentencia. Ponente Juan Maria Diaz Fraile.

decisão do Tribunal Supremo espanhol, que levantou questões importantes sobre a validade e eficácia dos protocolos familiares e que merecem uma breve análise.

Primeiramente, a decisão reconheceu a validade normativa e a eficácia dos protocolos familiares, bem como a possibilidade de registro público por meio do permissivo do REAL Decreto 171/2007, anteriormente visto. Nos termos da sentença, *"Por lo que se refiere a la figura o modalidad de pactos parasociales denominado "protocolo familiar" (sin perjuicio de la amplitud y heterogeneidad que presenta su contenido en la práctica negocial, integrados frecuentemente no sólo por estipulaciones jurídicamente vinculantes, sino también por declaraciones y acuerdos de valor moral sin exigibilidad jurídica que actúan a modo de "códigos de conducta" sin valor vinculante o "gentlemens agreements"), ha sido reconocida normativamente no sólo su validez sino también su posible publicidad registral, a través de un régimen específico integrado por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que define tales protocolos, a los efectos de su acceso al Registro Mercantil, como "aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad".*³⁷⁷

No entanto, condicionou a validade e eficácia desses pactos parassociais incluídos em um protocolo familiar a certos limites legais. Citando precedentes, esclareceu que esses pactos, no que diz respeito à sua validade, não estão restritos

³⁷⁷ STS 507/2020. ECLI: ES:TS:2020:507. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Sección 1. Recurso 1824/2017. Resolución 120/2020. Fecha 20/02/2020. Recurso de casación. Sentencia. Ponente Juan Maria Diaz Fraile. "No que diz respeito à figura ou modalidade de acordos parassociais denominada "protocolo familiar" (sem prejuízo da amplitude e heterogeneidade de seu conteúdo na prática contratual, frequentemente integrados não apenas por estipulações legalmente vinculantes, mas também por declarações e acordos de valor moral sem exigibilidade jurídica que atuam como "códigos de conduta" sem valor vinculativo ou "gentlemen's agreements"), sua validade tem sido reconhecida normativamente, bem como a possibilidade de registro público, por meio de um regime específico estabelecido pelo Real Decreto 171/2007, de 9 de fevereiro, que define tais protocolos, para fins de acesso ao Registro Mercantil, como "um conjunto de acordos assinados pelos sócios entre si ou com terceiros com os quais mantêm laços familiares que afetam uma sociedade não cotada, na qual tenham um interesse comum em estabelecer um modelo de comunicação e consenso na tomada de decisões para regular as relações entre família, propriedade e empresa que afetam a entidade". Tradução livre.

pelos limites impostos pelas regras societárias aos acordos sociais e aos estatutos, mas sim pelos limites estabelecidos no artigo 1255 do Código Civil espanhol.³⁷⁸

Nesse sentido, a interpretação que podemos extrair é de que o Tribunal Supremo fez uma distinção da natureza jurídica dos protocolos familiares com os chamados acordos de acionistas ou quotistas, bem como ao próprio estatuto ou contrato social constitutivo da sociedade.

Assim, a problemática nesses casos envolve os protocolos familiares que não foram incorporados no estatuto ou contrato social, a partir de conflitos que surgem devido à existência de duas regulamentações contraditórias, aquela que resulta dos estatutos (ou das disposições legais suplementares em caso de ausência de previsão estatutária específica) e aquela estabelecida nos protocolos não incorporados nos estatutos, ambas, em princípio, válidas.

No caso julgado, não houve a incorporação dos termos do protocolo no estatuto social da empresa, de forma a conclusão extraída pelos julgadores foi a de que *“la jurisprudencia de esta Sala ha venido sosteniendo que la mera infracción del convenio parasocial de que se trate no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado”*.³⁷⁹ Sendo assim, para que a impugnação o negócio seja aceita, é necessário que a violação simultânea do pacto parassocial seja acompanhada por uma violação da lei ou dos estatutos, ou por um prejuízo aos interesses da sociedade em benefício de um ou vários acionistas ou terceiros, o que não se verificou no caso em estudo.

Por fim, outro ponto relevante apontado pela decisão foi a impossibilidade jurídica de perpetuidade do protocolo familiar, pois uma interpretação do protocolo familiar de 1983 em disputa que mantenha indefinidamente as restrições à livre transferência de ações e participações sociais, impedindo a modificação da porcentagem de participação de cada sócio no capital social e criando uma espécie

³⁷⁸ STS 507/2020. ECLI: ES:TS:2020:507. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Sección 1. Recurso 1824/2017. Resolución 120/2020. Fecha 20/02/2020. Recurso de casación. Sentencia. Ponente Juan Maria Diaz Fraile.

³⁷⁹ STS 507/2020. ECLI: ES:TS:2020:507. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Sección 1. Recurso 1824/2017. Resolución 120/2020. Fecha 20/02/2020. Recurso de casación. Sentencia. Ponente Juan Maria Diaz Fraile. “A jurisprudência desta Sala tem sustentado que a mera violação do acordo parassocial em questão não é suficiente, por si só, para a anulação do acordo impugnado”. Tradução livre.

de vínculo perpétuo aos direitos dos sócios, seria contrária aos limites legais relativos à transferibilidade de ações ou de participações legalmente estabelecidas no ordenamento jurídico espanhol, além de violar os princípios básicos de natureza jurídica da relação social e do ordenamento jurídico civil, especialmente os princípios da liberdade contratual e de disposição pessoa e patrimonial.

Resumidamente, o que a decisão nos mostra é um ponto de equilíbrio que concordamos ser necessário na análise, eficácia e validade dos protocolos familiares, no que diz respeito à não atribuímos uma validade absoluta e incontestável, somente pelo fato da manifestação da autonomia privada. De fato, os protocolos familiares se apresentam, atualmente, como importantes instrumentos de organização societária e empresarial, além de excelentes aliados na concretização de um planejamento sucessório empresarial familiar eficaz, mas sua elaboração deve sempre se adequar às normas e princípios tanto de direito empresarial e societário, quanto de direito sucessório, além dos preceitos de ordem pública que, por sua própria natureza e força, não podem ser afastados.

Além disso, um ponto a se considerar é a própria incorporação dos termos e acordos realizados por meio de protocolos familiares ao estatuto ou contrato social da empresa, atribuindo força vinculante, validade e eficácia gerais.

O ordenamento jurídico italiano também contempla tratamento jurídico aos protocolos familiares como instrumento de planejamento sucessório empresarial, sob a denominação de “*patto di famiglia*”³⁸⁰, além de figurar exceção à cláusula de vedação dos pactos sucessórios prevista no artigo 458 do Código Civil. A Lei n. 55 de 2006 inseriu no Código Civil Italiano o artigo 786 *bis* e seguintes, que disciplina o pacto de família com a seguinte definição:

786 bis. Noção. – é pacto de família o contrato pelo qual, compativelmente com as disposições em matéria de empresa familiar (art. 230 bis), e com respeito às diferentes tipologias societária, o empresário transfere, no todo ou em parte, o estabelecimento, e o titular de participações transfere, no todo ou em parte, as próprias cotas, a um ou mais descendentes.³⁸¹

³⁸⁰ Tradução livre de “pacto de família”.

³⁸¹ No original: “786 bis. Nozione. *È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare (230 bis) e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, intutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce,*

Já no artigo 768 *quater*, o Código Civil italiano estabelece que devem participar do pacto o cônjuge e todos os que seriam legitimados caso a abertura da sucessão ocorresse no momento da assinatura do contrato, sendo imprescindível que os herdeiros legítimos consintam com as cláusulas nele estipuladas, e prevê formas de compensação dos quinhões aos demais herdeiros, caso o estabelecimento ou as participações societárias tenham sido destinadas a apenas algum ou alguns deles.³⁸²

Alguns autores, inclusive, denominam os protocolos familiares de “pactos de família”, fazendo uma alusão à outra relativização da proibição dos pactos sucessórios, além da possibilidade de renúncia entre os cônjuges estudada no tópico anterior. Isso porque, o seu conteúdo, nos países acima destacados, pode contemplar até mesmo acordos bi ou plurilaterais sobre disposições sucessórias de herança futura que, ao menos no Brasil, ainda é absolutamente proibido.³⁸³

Em razão da ausência de exceção à proibição dos pactos sucessórios, no Brasil as cláusulas ou disposições dos protocolos familiares não possuem força vinculante, pois não pode haver contratação sobre herança futura. Eventuais disposições serão consideradas, no máximo, como uma carta de intenções.

A propostas de reflexões e de alterações das normas de direito sucessório apresentadas no presente trabalho - especialmente a adequação do instituto da legítima e a possibilidade de normas que excetuem a proibição genérica dos pactos sucessórios – possibilitariam um planejamento sucessório no âmbito das empresas familiares muito mais eficaz para solucionar ou amenizar as dificuldades e os obstáculos enfrentadas quando da mudança geracional da empresa em decorrência

intutto ou in parte, le proprie quote, ad uno o più descendenti.” – Tradução de Marcelo Andrade Féres. In: FÉRES, Marcelo Andrade. Protocolo ou pacto de família: a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338-339.

³⁸² FÉRES, Marcelo Andrade. Protocolo ou pacto de família: a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014; COSTA, Simone Oliveira. Relevância dos pactos sucessórios na empresa familiar: o pacto de família. Dissertação de mestrado em Direito Privado. Universidade Católica Portuguesa, 2018. p. 339.

³⁸³ Nesse sentido, FÉRES, Marcelo Andrade. Protocolo ou pacto de família: a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014; COSTA, Simone Oliveira. Relevância dos pactos sucessórios na empresa familiar: o pacto de família. Dissertação de mestrado em Direito Privado. Universidade Católica Portuguesa, 2018.

de sucessão *mortis causa*, garantindo uma observância conjunta entre os princípios da autonomia privada, da função social da herança, da solidariedade, da função social e da preservação da empresa.

5.7 A flexibilização da legítima: proposta *de lege ferenda*

A partir das reflexões apresentadas nesse capítulo, podemos traçar algumas propostas *de lege ferenda* do caminho que a legislação pode tomar para atualização das normas de direito sucessório relativas à legítima para uma adequação à realidade social e aos reais fundamentos e objetivos dos princípios constitucionais e infraconstitucionais envolvidos, sem, no entanto, a pretensão de elaborar um desenho legislativo que esgote a alteração de todas as normas sucessórias, mas apenas àquelas relativas à limitação excessiva do exercício da autonomia privada de disposição patrimonial *mortis causa*.

Tomando como ponto de partida a observância de um equilíbrio entre a autonomia privada e o princípio da solidariedade familiar e social, as normas sucessórias inglesas num primeiro momento podem ser utilizadas para uma análise paradigmática. Como regra, os países que adotam o sistema jurídico de *common law*, organizam a sucessão baseada na ampla liberdade de disposição patrimonial, não contemplando o instituo da legítima em seu ordenamento jurídico.

No entanto, em 12 de novembro de 1975, surgiu na Inglaterra a lei denominada *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act*³⁸⁴, que prevê a *family provision*, estipula a possibilidade de se questionar as disposições testamentárias por familiares do *de cuius* que podem se socorrer do judiciário para buscar amparo, com base na necessidade financeira do solicitante e a responsabilidade do falecido com a pessoa que pleiteia o auxílio. Houve, assim, uma relativização da plena liberdade testamentária para alcançar a observâncias de situações de vulnerabilidade e dependência, quando as suas necessidades não forma observadas ou garantidas pelo *de cuius* quando de suas disposições de última vontade, em verdadeira analogia ao princípio da solidariedade.

³⁸⁴ Em tradução livre: Lei de Herança (Providência para Família e Dependentes).

O Tribunal inglês possui ampla liberdade para estabelecer os critérios de concessão ou não do auxílio e sua quantia, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, levando em conta os recursos, as necessidades ou a incapacidade do solicitante e de outras pessoas envolvidas, as obrigações e responsabilidades do falecido, a composição e quantia da herança deixada, a postura do solicitante e as razões pelas quais o *de cuius* não contemplou o solicitante em suas disposições. Além disso, a norma determina quem são as pessoas legitimadas a solicitar a *family provision*, sendo o cônjuge, o ex-cônjuge que não tenha se casado novamente, o companheiro, os filhos e outras pessoas que o falecido tratava como filhos ou que eram dependentes dele.³⁸⁵

Apesar de considerarmos essa estrutura normativa bastante interessante para uma equalização dos interesses envolvidos, com base nos critérios de necessidade e vulnerabilidade, não consideramos ser essa estrutura normativa a mais adequada, ao menos na atual realidade social brasileira.

A adequação normativa deve ocorrer em observância a uma funcionalização do instituto da legítima sob a perspectiva de justificativa da limitação à autonomia privada na ótica da vulnerabilidade – situação que pode ser percebida da *family provision* inglesa -, mas também sob a perspectiva de manutenção e observância da segurança jurídica.

Os países de *civil law* – a exemplo do Brasil e da Espanha – têm como fonte normativa primária a Lei. É ela quem direciona o julgador no momento de analisar o caso concreto, e ela também que estabelece parâmetros a serem seguidos pelos sujeitos a fim de evitar que o caso acabe com a necessidade de intervenção do judiciário. Nesse sentido, é temerário sairmos de um extremo – estrutura rígida de limitação da autonomia privada – para outro – limitação nenhuma, com exceções pautadas apenas pela análise do próprio juiz quanto a concessão ou não de auxílio advindo da herança.

Há que se ter em mente a necessidade de que a própria lei estabeleça critérios e parâmetros funcionais e objetivos mínimos, sob pena de ocasionar um excesso de

³⁸⁵ UK. Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. Disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>.

judicialização e deságue de demandas no judiciário, caso se delegue a análise das circunstâncias fáticas única e exclusivamente ao pronunciamento judicial. O Poder Judiciário não pode ser o responsável por orquestrar toda sucessão aberta. Daí a necessidade de se manter uma estrutura normativa que tenha como observância tanto a funcionalização das normas sucessórias, quanto a manutenção da segurança jurídica do Direito das Sucessões.

Pois bem, chegando ao presente ponto de explanação do trabalho, apresentamos nossa proposta de reforma do instituto da legítima, não só pela necessidade de se atualizar seu conteúdo de acordo com as novas demandas e anseios sociais, como também pelas inegáveis vantagens que essa reforma pode contribuir para organizar e planejar a sucessão das empresas familiares.

A primeira proposta de readequação é retirar o caráter imperativo do instituto da legítima reduzindo seu âmbito de aplicação. Assim, propõe-se uma alteração legislativa a fim de que a legítima seja observada apenas nos seguintes casos: a) existência de filhos menores de idade; filhos, ou descendentes de qualquer grau, vulnerável, incapacitado ou dependente economicamente do falecido, que não tenha condições de prover, sozinho, os meios para uma vida digna; b) ascendentes de qualquer grau economicamente dependentes do falecido; c) cônjuge ou companheiro que, não tendo direito à meação, ou ainda que tenha, essa se mostre insuficiente, dependa economicamente do patrimônio do *de cuius* e; d) qualquer pessoa, seja parente colateral ou não parente, vulnerável e que dependa economicamente do *de cuius*.

A fim de observar critério objetivo mínimo e em respeito à segurança jurídica, entendemos não ser o caso, ao menos por hora, de alterar o percentual fixo e mínimo de reserva da legítima, na presença de herdeiros em qualquer das circunstâncias elencadas, uma vez que metade do patrimônio do *de cuius* garante um norteamento pela legislação, além de, na maioria dos casos, ser capaz de atender aos critérios de necessidade do herdeiro vulnerável. Para se garantir que, na minoria dos casos em que metade do patrimônio ainda seja insuficiente para garantir o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana do herdeiro vulnerável, poderíamos acrescentar uma ressalva para que o herdeiro possa solicitar uma readequação, para mais, do percentual de reserva legitimária, aí sim e somente nesses casos, o judiciário

analisaria concretamente o caso. Ao nosso ver, haveria um equilíbrio entre uma diretriz normativa e uma aplicação e adequação dos critérios a partir do caso concreto, apenas em situações específicas.

Na presença de mais de um herdeiro em situação de necessidade ou vulnerabilidade, não haveria hierarquia entre eles, dividindo-se o percentual da legítima igualmente entre os herdeiros, com possibilidade de, havendo quantidade de herdeiros necessários com direito à reserva legitimária, se essa se mostrar insuficiente para garantir o mínimo existencial de todos, possa ser readequada a pedido dos interessados, para um aumento do percentual.

Quanto ao pagamento do percentual da legítima, propomos uma alteração para possibilitar que ele se dê de outras formas, não só com os bens do acervo hereditário, mas que o autor da herança possa garantir o recebimento da legítima aos herdeiros vulneráveis ou necessitados com dinheiro. Além disso, a exemplo do que ocorre na Espanha, possibilitar que essa legítima possa ser paga parceladamente, não necessariamente com os bens do espólio. Isso possibilitaria, nos casos das empresas familiares, por exemplo, que não seja necessária a entrada do herdeiro no quadro societário, nem a apuração imediata dos haveres das quotas sociais a que o herdeiro teria direito em razão da legítima, podendo suas necessidades serem supridas e satisfeitas com pagamentos mensais aptos a garantir a sua subsistência, sem necessidade de possivelmente descapitalizar a empresa, causando um aperto financeiro.

Assim, haveria a possibilidade de o autor da herança, titular da empresa ou das quotas sociais, deixar a empresa ao herdeiro que ele considera mais apto a sucedê-lo e a manter íntegra a empresa familiar, sem prejudicar a proteção aos herdeiros vulneráveis, cuja responsabilidade é sua, em razão do princípio da solidariedade e da função social da herança.

Outra proposta com relação à forma de pagamento da legítima, é a de importarmos o modelo do direito estrangeiro, especialmente do Direito Civil espanhol, com a possibilidade de autor da herança estipulá-la em forma de usufruto, não apenas no caso do cônjuge – como é na Espanha -, mas também aos demais herdeiros que tenham direito à quota reservada à legítima.

Ao verificar que a legítima do herdeiro vulnerável já foi garantida ou observada, ainda em vida pelo autor da herança – por meio, por exemplo, de doações realizadas em vida a título de antecipação – no momento da abertura da sucessão, isso deve ser considerado, mantendo-se as disposições atinentes à colação e à sua dispensa – ou no melhor entendimento, de sua imputação da parte disponível - no caso de herdeiros que tenham direito à reserva legitimária.

Apesar do posicionamento de que a legítima possa ser paga em forma de prestação de alimentos, entendemos não ser, também, o melhor caminho. O direito a alimentos é norma de direito de família, estará presente sempre que houver uma obrigação moral e legal do alimentante para com o alimentado, a sua fixação se dá sempre pela análise do binômio necessidade do alimentado x possibilidade do alimentante, além de perdurar somente enquanto presentes os critérios desse binômio. Ao nosso ver, direito a alimentos e direito a herança não se confundem e possuem fundamentos e *ratio legis* distintas.

Levando em consideração que, como visto, culturalmente, a maioria dos brasileiros ainda não tem o costume de testar ou planejar sua sucessão, a maior parte delas ainda é regida pelas normas da sucessão legítima, com ordem de vocação hereditária determinada pela lei. Há que se manter disposições de ordem de vocação hereditária e distribuição do patrimônio *post mortem*, para que essas incidam nos casos em que o *de cuius* não tenha deixado disposição de última vontade ou realizado seu planejamento sucessório em vida. Nesses casos, manteríamos a presunção da lei sobre a vontade do *de cuius*, diante da ausência de disposição diversa dessa.

Duas propostas podem se apresentar quando a ordem de vocação hereditária:

a) a manutenção da ordem de vocação hereditária em vigor, com a retirada do cônjuge ou companheiro da concorrência com os descendentes e ascendentes. Nesse caso, o cônjuge ou companheiro apenas seria chamado a suceder na ausência de ascendentes e descendentes; b) a manutenção da ordem de vocação hereditária em vigor, sem a retirada do cônjuge ou companheiro na concorrência com os descendentes e ascendentes, mas com uma readequação do texto legal para estipular que a concorrência se dará apenas com relação aos bens particulares do *de cuius* e desde que não casados no regime da separação de bens, seja legal ou convencional. Junto a essa adequação do texto normativo, acrescentar um parágrafo com a

possibilidade dos cônjuges ou companheiros renunciarem reciprocamente à herança, em pacto antenupcial ou escritura pública no caso de união estável, independentemente do regime de bens adotado pelo casal. O alcance da renúncia pode se limitar à concorrência com os descendentes ou ascendente, situação na qual ele próprio se excluiria da concorrência, mas manteria sua posição isolada na terceira posição da ordem hereditária, ou abranger até mesmo a renúncia à posição total de herdeiro, caso em que na ausência de descendentes ou ascendentes, a herança passaria aos colaterais da quarta posição. Dessa forma, manteríamos a máxima de, onde o cônjuge meia, ele não herda, onde herda, ele não meia, além de garantir a liberdade de autodeterminação do casal para livremente estipularem o regime de bens e a organização sucessória entre eles, mantendo-se a autonomia privada que rege as relações familiares.

Importante ponto a ser considerado é que, se houver renúncia antecipada da herança sem a ressalva de ser apenas quanto a concorrência em pacto antenupcial, inexistindo parentes colaterais a serem chamados a herdar, entendemos que o cônjuge poderá optar pelo recebimento da herança, a fim de evitar que o patrimônio vá para o Estado, pois o recebimento da herança pelo Estado deve ser dar somente em último caso, na inexistência de qualquer outra pessoa a suceder na ordem de vocação hereditária.

Propomos, ainda, uma ressalva com relação à renúncia antecipada para estipular que, no momento da abertura da sucessão, se o cônjuge ou companheiro estiverem em situação de vulnerabilidade ou dependência econômica do cônjuge ou companheiro falecido, e os bens próprios e a meação não sejam suficientes para garantir o mínimo existencial, o pacto não afastará o direito à legítima. Essa ressalva se mostra necessária, pois muita coisa pode acontecer entre o momento em que renúncia é celebrada, até a abertura da sucessão. Nesse caso, haveria o afastamento da autonomia privada anteriormente manifestada em prol da observância da solidariedade e da função social da herança – cujo objetivo é garantir o mínimo de vida digna aos herdeiros ou aos dependentes economicamente do falecido.

A título de acréscimo, propomos a flexibilização da proibição dos pactos sucessórios, com o acréscimo da ressalva ao artigo 426 do Código Civil brasileiro, autorizando a renúncia antecipada da concorrência herança - se a opção legislativa

manter a concorrência do cônjuge ou companheiro da ordem de vocação hereditária – além da ressalva com a possibilidade de se realizar pactos familiares por meio dos protocolos familiares empresariais – atribuindo força vinculante às estipulações de caráter sucessório – o que possibilitaria um melhor planejamento sucessório das empresas familiares, com cláusulas que estipulem que, na existência de herdeiros necessários – aqueles vulneráveis ou economicamente dependentes do falecido - o pagamento da legítima possa se dar por outros meios - como por exemplo dinheiro - e de forma gradual - por exemplo retirando dos lucros líquidos mensais da empresa.

A partir dessas propostas de alterações legislativas a abertura da sucessão passaria pelas seguintes etapas:

- 1) Abertura a sucessão;
- 2) Se tiver cônjuge ou companheiro, realizar primeiro a meação, com base no regime de bens adotado pelo casal;
- 3) Se o falecido tiver deixado disposição de última vontade e não houver herdeiros nas situações em que se justificaria a reserva legitimária, a vontade do *de cuius* deve ser seguida em respeito ao princípio da liberdade e da autonomia privada. Se tiver deixado herdeiros necessários – em situação de vulnerabilidade ou dependência econômica – e suas disposições de última vontade garantirem o respeito à legítima e a manutenção da vida digna desses herdeiros, a vontade do *de cuius* também deve ser seguida, pois se atentou, quando de suas disposições, para o princípio da solidariedade familiar e social;
- 4) Se o falecido tiver deixado disposição de última vontade e herdeiros necessários, mas não garantiu a proteção dos vulneráveis e sua reserva legitimária, o Estado, por meio do judiciário, deverá intervir com a redução das liberalidades até o limite legal garantido para assegurar o mínimo existencial dos herdeiros que fazem *jus à legítima*.
- 5) Não tendo o falecido planejado sua sucessão em vida nem deixado disposição de última vontade, a sucessão seguirá a ordem de vocação hereditária da forma estipulada pela lei. Nesse caso, após da abertura da sucessão e da retirada da quota relativa à meação do cônjuge ou companheiro – se houver -, analisar a existência de herdeiros com direito à legítima e a existência de renúncia antecipada da concorrência por meio de

pacto antenupcial – se a norma mantiver a sua concorrência. Havendo herdeiros necessários, retira-se o percentual à legítima destinado aos herdeiros vulneráveis, e o restante segue-se a ordem legalmente estipulada.

Em qualquer caso, propomos a manutenção do direito real de habitação do cônjuge ou companheiro com relação ao bem imóvel utilizado com residência do casal familiar, com a ressalva de possibilidade de afastamento no caso de, cumulativamente, a) existirem herdeiros necessários; b) o cônjuge tiver condições de, por si só, garantir a sua subsistência e; c) não tiver outros bens ou valores suficientes no acervo hereditário aptos a garantir a dignidade da pessoa humana, inclusive o direito de moradia do herdeiro vulnerável.

Em vias finais, a título de acréscimo às reflexões – agora sem a pretensão de desenhar uma estrutura normativa – entendemos ser o momento de o Direito estudar a elaboração de um estatuto jurídico próprio das empresas familiares que possam regular as singularidades e as particularidades dessas empresas, tanto individual como societária, adaptando tanto as normas de direito empresarial quanto um possível estatuto regulamentar próprio.

Vislumbramos nas humildes propostas aqui apresentadas uma possibilidade de o Direito das Sucessões caminhar no sentido de adequação de suas normas às novas demandas sociais advindas da pluralidade que permeia as diversas manifestações e estruturas familiares, garantindo uma observância mais equilibrada do princípio da autonomia privada com os princípios da solidariedade e da função social da herança, reservando ao Estado, por meio de sua estrutura normativa, afastar a liberdade de disposição patrimonial para efeitos *mortis causa* apenas nos casos em que seja necessária a sua intervenção, para garantir princípios igualmente importantes – ou até mesmo superiores -, de proteção àqueles que realmente necessitam do amparo estatal.

Uma análise crítica e uma releitura jurisprudencial, doutrinária e principalmente legislativa das normas de direito sucessórios, a partir do aparato teórico metodológico da constitucionalização do Direito Civil são indispensáveis para se atender às

mudanças e aos fenômenos sociais e familiares, que se interligam diretamente ao âmbito do Direito das Sucessões. Quem sabe a partir disso, será possível verificarmos uma verdadeira conformação das normas infraconstitucionais de direito sucessório com os princípios e garantias constitucionais, especialmente o direito à herança.

CONCLUSÕES

Após o estudo da temática e problematização propostas, podemos extrair diversas conclusões e propostas que poderão, quem sabe, contribuir na busca por soluções efetivas e concretas que, para uma melhor exposição e visualização, foram enumeradas a seguir.

1. No primeiro capítulo foi possível observar que o direito foi construído de acordo com a realidade de cada período, sendo o direito brasileiro influenciado diretamente pelo Direito Romano e, muito mais ainda, pelo Direito Canônico. Esse, por sua vez, atuou na construção da História ocidental quase de forma unânime sobre os demais direitos, especialmente o romano, uma vez que a sociedade passou a ser guiada pela Igreja, especialmente no longo período de inquisição, que ocasionou acusações, perseguições, e até mesmo condenações à morte de indivíduos e familiares que fossem acusados de algum tipo de afronto à Igreja. Esse contexto, fez com que muitos operadores do direito passassem a observar a compreensão da família e da herança de acordo com os princípios estabelecidos e norteados pela Igreja Católica Apostólica Romana.

2. Especialmente depois da década de 1980, com o advento da Constituição Federal de 1988, pôde-se observar diversas disruptivas que levaram o direito a se adequar aos novos desdobramentos sociais e às diversas formas de família que, embora sempre existentes, foram por muito tempo condenadas à invisibilidade jurídica, até chegar às pluripossibilidades de entidades familiares, que devem ser todas igualmente respeitadas, vedada qualquer forma de discriminação, tanto que a própria nomenclatura do direito regulatório se pluralizou, sendo denominado por muitos doutrinadores de Direito das Famílias.

3. As normas de Direito das Família são pautadas, atualmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da autonomia privada, da igualdade sob sua perspectiva material e não meramente formal, da solidariedade familiar e da reciprocidade, da proteção especial da criança, do adolescente, do idoso e da pessoa com deficiência, da afetividade e do pluralismo familiar.

4. No caso do direito à herança, garantia expressa constitucionalmente - embora se discursse sobre o estado laico - ainda sentiremos, de forma muito presente,

os reflexos e as reverberações da religião e do Direito Romano, sendo que o direito sucessório permanece, na maioria de suas normas, inalterado e desatualizado, o que gera um descompasso evolutivo frente ao pluralismo familiar, especialmente quando analisamos o instituto da legítima.

5. A legítima no Direito Romano surge como consequência dos abusos efetuados pelo testador durante a vigência da livre disposição patrimonial. Há, portanto, uma inversão do paradigma antigo - quando a sucessão testamentária era a regra e a sucessão legítima a exceção, de forma que, atualmente, a maioria das sucessões são regidas pelas normas de sucessão legítima, no Brasil, não há uma cultura forte de se fazer testamento.

6. A finalidade essencial do instituto da legítima, em geral, é garantir que uma parte da herança do falecido seja destinada obrigatoriamente aos familiares estipulados por força de lei, normalmente determinados por critérios de parentesco, consaguinidade e conjugalidade – na maioria dos ordenamentos jurídicos que prevê o instituto, é reservada em favor dos descendentes, ascendentes e cônjuge. Assim, a lei presume a vontade do *de cuius*, limitando a sua autonomia privada de livre disposição patrimonial para efeitos *mortis causa*.

7. A natureza jurídica da legítima no direito espanhol é, na doutrina majoritária, considerada uma *pars bonorum*, pois a integração normativa dos artigos do Código Civil comum, quem tratam sobre o instituto da legítima, permite a conclusão de que o legitimário tem direito à uma parte ou corta do acervo líquido da herança, mas ela pode ser satisfeita pelos herdeiros na forma como preferirem, inclusive em dinheiro.

8. A legítima no direito brasileiro, atualmente, corresponde à metade do patrimônio deixado pelo *de cuius*, em percentual estanque, cuja ordem de vocação hereditária estipula, em primeira posição de recebimento, os descendentes em concorrência com o cônjuge; não havendo descendentes, tem direito os ascendentes em concorrência com o cônjuge; em terceira posição, o cônjuge isoladamente, em quarta posição, os colaterais até quarto grau. Não havendo herdeiros sucessíveis, a herança é devolvida ao Estado.

9. A partir de uma análise de sua disposição nas legislações estrangeiras e na legislação brasileira, podemos extrair que a legítima tem como fundamentos a

presunção da vontade do *de cujus*; um benefício em favor da família a partir do princípio da solidariedade, a fim de garantir a um patrimônio mínimo para os membros familiares; o próprio direito de propriedade, que deve ser mantido no seio familiar.

10. A proibição genérica aos pactos sucessórios – também denominados de *pacta corvina* – constituem outra limitação à autonomia privada de livre disposição patrimonial, pois veda a estipulação contratual que tenha por objeto a herança de pessoa viva, ou seja, sucessão ainda não aberta. Essa proibição está presente na maioria das legislações de influência do Direito Romano, e se fundamenta principalmente na presunção de imoralidade presente na especulação sobre a morte de alguém. Nesse sentido, poderia se despertar o desejo de morte da pessoa cuja herança se contrata.

11. A junção entre o direito empresarial – na perspectiva da empresa familiar – e o instituto sucessório da legítima serviu de problemática paradigma para as reflexões e propostas de adequação e flexibilização da legítima, a partir da análise das problemáticas que envolvem as empresas familiares quando do planejamento ou execução da sucessão, mormente em virtude das dificuldades de se desenhar um planejamento sucessório efetivo em razão das limitações legais ao exercício da disposição patrimonial para efeitos *post mortem* – notadamente o instituto da legítima e a absoluta proibição dos pactos sucessórios.

12. No estudo específico das empresas familiares, adotamos a conceituação de que se trata de empresas cujos membros são interligados por uma ou mais relações familiares, ou controladas e gerenciadas pelos membros de uma mesma família, passada de geração para geração. Em razão de sua relevância socioeconômica, houve significativo aumento nos estudos das empresas familiares, principalmente direcionados a compreender as suas peculiaridades partir da junção entre família, patrimônio e empresa, e as dificuldades que giram em torno da sua transmissão, principalmente em razão do falecimento do titular – se empresa individual -, ou do quotista ou acionista majoritário – se sociedade familiar.

13. A rígida estrutura normativa da legítima impede, muitas vezes, de se efetuar um planejamento sucessório que garanta, ou ao menos aumente, o êxito da sucessão das empresas familiar, pois num caso de não haver bens suficientes fora do patrimônio

empresarial para garantir o pagamento da reserva da legítima, inevitavelmente haverá a entrada de pessoas estranhas à atividade e a organização empresarial, ou a necessidade de se pagar as quotas sociais para evitar a sua entrada, descapitalizando a empresa, o que pode causar um abalo patrimonial significativo.

A partir dessa problemática, em muitos casos isso gera conflitos internos que prejudicam a administração da empresa, ou mesmo os próprios conflitos sucessórios são transplantados para dentro do âmbito empresarial. Isso pode gerar a quebra do elemento da *affectio societatis*, cuja presença é indispensável na configuração e na continuidade das empresas familiares, talvez mais do que em qualquer outra forma de constituição empresarial.

14. Em decorrência dessa problemática inserida no âmbito das empresas familiares, há uma tendência contemporânea em criar mecanismos e instrumentos de planejamento sucessório, cujo objetivo é tentar estruturar a sucessão empresarial a fim de evitar a incidência dos conflitos que podem resultar da morte do titular ou de integrantes do quadro societário. Dentre os instrumentos mais tracionais de planejamento sucessório familiar, estudamos, brevemente, as figuras do testamento, da doação, da *holding* familiar e dos protocolos familiares empresariais.

15. O planejamento sucessório pode ser conceituado como o conjunto de negócios ou atos jurídicos realizados por uma ou por várias pessoas ligadas entre si por alguma relação jurídica sucessório, cujo objetivo principal é organizar a partilha do patrimônio e evitar possíveis conflitos futuros. Apesar da existência e da legalidade dos instrumentos estudados, as disposições de organização sucessória sofrem limitações, principalmente a reserva da legítima e a proibição dos pactos sucessórios, que limita o alcance de seu conteúdo.

16. No último capítulo, unimos os temas abordados nos capítulos anteriores para a construção das reflexões e propostas de adequação das normas de direito sucessório relativas ao instituto da legítima. Na primeira reflexão, concluímos que, apesar da evolução dos textos e da hermenêutica normativa do Direito das Famílias, tal evolução não foi acompanhada pelas normas que regem a legítima. Nesse sentido, é necessária uma modernização para adequar a legítima e seus fundamentos para o real alcance de seus objetivos, em busca da verdadeira solidariedade familiar - que

ganhou novos contornos com a própria evolução social e conceitual de família -, e da e função social do direito constitucional à herança.

17. As profundas mudanças sociais e econômicas dos últimos anos justificam a necessidade de reconsiderar e reinterpretar princípios e bases do direito privado, com o fim de proceder ao questionamento da *ratio legis* dos institutos jurídicos que não mais se coadunam com as novas circunstâncias, demandas e anseios sociais. A flexibilização do instituto da legítima deve ser pautada na busca por um maior equilíbrio entre a autonomia privada do indivíduo e a intervenção estatal justificada, a fim de funcionalizar a liberdade de disposição patrimonial para efeitos *post mortem* com os valores e princípios constitucionais do ordenamento jurídico.

18. Para esse alcance, concluímos que, ao nosso ver, ressignificar a legítima a partir de critérios de necessidade e vulnerabilidade do herdeiro possui a capacidade de dar maior alcance e observância aos reais fundamentos da solidariedade - sob a ótica não só familiar, mas social - e da função social da herança, inseridos como consequência da própria evolução da sociedade e da concepção de família e que justificariam a limitação estatal e jurídica da autonomia privada do autor da herança.

19. Com a análise crítica do cônjuge ou companheiro e dos ascendentes, concluímos que não justifica, da mesma forma, a sua manutenção de forma estanque e independentemente de vulnerabilidade, dependência econômica ou real necessidade do herdeiro. Nesse sentido, a limitação da autonomia privada pode e deve sofrer limitações, desde que para proteger membros da família – compreendida em seu caráter dinâmico, plural e socioafetivo – que realmente necessitem. Caso contrário, a legítima não mais se fundamenta.

20. Da mesma forma entendemos que é possível vislumbrar a possibilidade de incluir exceções à vedação genérica dos pactos sucessórios, a exemplo da renúncia recíproca à herança dos cônjuges ou companheiros em pacto antenupcial ou escritura pública e dos pactos sucessórios no âmbito das empresas familiares.

A renúncia antecipada dos cônjuges ou companheiros possibilita que, a vontade do casal manifestada na livre escolha do regime de bens, seja mantida não somente nos casos de dissolução do casamento ou união pelo divórcio ou pela separação, mas também no caso de dissolução por morte. Já com relação aos pactos

sucessórios, atribuir às cláusulas sucessórias dos protocolos familiares empresariais força vinculante possibilita um planejamento sucessório mais efetivo e eficaz que possa, se não solucionar, ao menos diminuir as dificuldades e os obstáculos enfrentados na sucessão das empresas familiares.

21. A partir das reflexões apresentadas no último capítulo, nos atrevemos a traçar algumas propostas *de lege ferenda* das alterações das normas sucessórias que regem o instituto da legítima:

21.1. A primeira proposta é a retirada da imposição da legítima em qualquer caso, flexibilizando a sua incidência apenas nos seguintes casos: a) existência de filhos menores de idade; filhos, ou descendentes de qualquer grau, vulnerável, incapacitado ou dependente economicamente do falecido, que não tenha condições de prover, sozinho, os meios para uma vida digna; b) ascendentes de qualquer grau economicamente dependentes do falecido; c) cônjuge ou companheiro que, não tendo direito à meação, ou ainda que tenha, essa se mostre insuficiente, dependa economicamente do patrimônio do *de cuius* e; d) qualquer pessoa, seja parente colateral ou não parente, vulnerável e que dependa economicamente do *de cuius*.

21.2. A segunda proposta é a manutenção do percentual da reserva da legítima de metade do patrimônio do *de cuius* - a fim de manter um critério objetivo mínimo em respeito a segurança jurídica – porém atribuída de forma coletiva e sem hierarquia entre os legitimados. Havendo mais de um herdeiro vulnerável ou dependente economicamente, haveria a divisão da reserva igualmente entre eles.

21.3. A terceira proposta reside nos casos de o percentual da legítima não se mostrar suficiente para garantir o mínimo existencial dos herdeiros vulneráveis, possibilitar a readequação com o aumento do percentual, a ser analisado concretamente pelo Poder Judiciário, com um equilíbrio entre a diretriz normativa e a análise de situações específicas e concretas.

21.4. A quarta proposta é a possibilidade de que o pagamento do percentual da legítima, havendo herdeiros necessários, se dar de outras formas – além dos bens do acervo hereditário – como em dinheiro ou estipulação em forma de usufruto.

21.5. A quinta proposta é a manutenção dos institutos da colação e sua dispensa quando verificado que a legítima dos herdeiros vulneráveis já foi garantida ainda em vida pelo autor da herança.

21.6. A sexta proposta é a manutenção de disposições de ordem de vocação hereditária a fim de suprir os casos em que não há planejamento sucessório ou disposição de última vontade do *de cuius*, apresentadas em duas possibilidades: a) a manutenção da ordem de vocação hereditária em vigor, com a retirada do cônjuge ou companheiro da concorrência com os descendentes e ascendentes. Nesse caso, o cônjuge ou companheiro apenas seria chamado a suceder na ausência de ascendentes e descendentes; b) a manutenção da ordem de vocação hereditária em vigor, sem a retirada do cônjuge ou companheiro na concorrência com os descendentes e ascendentes, mas com uma readequação do texto legal para estipular que a concorrência se dará apenas com relação aos bens particulares do *de cuius* e desde que não casados no regime da separação de bens, seja legal ou convencional. Junto a essa adequação do texto normativo, acrescentar um parágrafo com a possibilidade dos cônjuges ou companheiros renunciarem reciprocamente à herança, em pacto antenupcial ou escritura pública no caso de união estável, independentemente do regime de bens adotado pelo casal. O alcance da renúncia pode se limitar à concorrência com os descendentes ou ascendente, situação na qual ele próprio se excluiria da concorrência, mas manteria sua posição isolada na terceira ordem hereditária, ou abranger até mesmo a renúncia à posição total de herdeiro, caso em que na ausência de descendentes ou ascendentes, a herança passaria aos colaterais da quarta posição.

21.7. A sétima proposta estipula que se houver renúncia antecipada da herança sem a ressalva de ser apenas quanto a concorrência em pacto antenupcial, inexistindo parentes colaterais a serem chamados a herdar, entendemos que o cônjuge poderá optar pelo recebimento da herança.

21.8. A oitava proposta é de se estabelecer uma ressalva com relação à renúncia antecipada para que, no momento da abertura da sucessão, se o cônjuge ou companheiro estiverem em situação de vulnerabilidade ou dependência econômica do cônjuge ou companheiro falecido, e os bens próprios e a meação não sejam suficientes para garantir o mínimo existencial, o pacto não afastará o direito à legítima.

21.9 A nona proposta consiste na flexibilização da proibição dos pactos sucessórios, com o acréscimo de ressalvas ao artigo 426 do Código Civil brasileiro às situações expressamente autorizadas por lei, como a renúncia antecipada da concorrência herança - se a opção legislativa mantiver a concorrência do cônjuge ou companheiro da ordem de vocação hereditária – além da possibilidade de se realizar pactos familiares por meio dos protocolos familiares empresariais – atribuindo força vinculante às estipulações de caráter sucessório.

21.10. Na décima, propomos a manutenção do direito real de habitação do cônjuge ou companheiro com relação ao bem imóvel utilizado com residência do casal familiar, com a ressalva de possibilidade de afastamento no caso de, cumulativamente, a) existirem herdeiros necessários; b) o cônjuge tiver condições de, por si só, garantir a sua subsistência e; c) não tiver outros bens ou valores suficientes no acervo hereditário aptos a garantir a dignidade da pessoa humana, inclusive o direito de moradia do herdeiro vulnerável.

22. Com conclusiva final, entendemos que as propostas apresentadas possibilitam ao Direito das Sucessões caminhar no sentido de adequação de suas normas com garantia de uma observância mais equilibrada do princípio da autonomia privada com o os princípios da solidariedade e da função social da herança. Ao Estado, por meio de sua estrutura normativa, seria reservado afastar a liberdade de disposição patrimonial para efeitos *mortis causa* apenas nos casos em que seja necessária a sua intervenção, para garantir a proteção daqueles que realmente necessitam do amparo estatal. Uma análise crítica - a partir do aparato teórico metodológico da constitucionalização do Direito Civil - das normas de direito sucessórios se mostra não necessária como indispensável para adequá-las aos fenômenos sociais e familiares, e abre a possibilidade de verificarmos sua conformação com os princípios e garantias constitucionais, especialmente o direito à herança.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima; PIMENTA, Eduardo Goulart. Conceituação jurídica da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar. estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ADACHI, Pedro Podboi. *Família S.A.: gestão de empresa familiar e solução de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

ALONSO-MUÑUMER, Maria Enciso. El protocolo familiar. In: *Tratado Jurídico y Fiscal de la empresa familiar*. María Pilar Charro Baena, Enrique Ortega Burgos, Jorge P. Rabadán Villanueva, María Teresa Echevarría de Rada, María Alonso Enciso-Muñumer (Coord.) Tirant Lo Blanch, 2021.

ALOY, Antonio Vaqui. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, ano 3 (2007), 1-25. Disponível em https://indret.com/wp-content/uploads/2007/07/457_es.pdf. Acesso em 20 de junho de 2023.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, 1989, p. 207-230.

FERNANDÉZ-SANCHO TAHOCES, Ana Sayapa. *La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral*. Revista de Derecho Patrimonial num. 23/2009. Editorial Aranzadi, S.A.U.

ARÉVALO, Eva María Polo. Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. *Revista Internacional de Derecho Romano*. Abril - 2013. Disponível em <http://156.35.33.189/index.php/ridrom/article/view/18016/14797>. Acesso em 14 de junho de 2023.

ARIAS RAMOS, J. ARIAS BONET, J. A. *Derecho Público Romano e Historia de las Fuentes*.

BELMONTE, Victor Antonio Barros; FREITAS, Wesley Ricardo de Souza Freitas. Empresas familiares e a profissionalização da gestão: estudo de casos em empresas paulistas. *Revista de Administração da Universidade Federal de Santa Maria*, vol. 6, núm. 1, enero-marzo, 2013.

BERNHOEFT, Renato. *Empresa familiar: sucessão profissionalizada ou sobrevivência comprometida*. 2.ed. São Paulo: Nobel, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil commentado*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919, v. 6.

_____. *Direito das sucessões*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983.

BLAZI, João Pedro de Oliveira de. Instrumentos do planejamento sucessório: a partilha em vida. *Cadernos da Escola de Direito*, UNIBRASIL, Curitiba, v. 27, n. 2, jul./dez. 2017.

BOTREL, Sérgio. Mecanismos de profissionalização e preservação da empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de Direito Empresarial: Sociedade Anônima*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CÁRNIO, Henrique Garbellini. *Direito e Antropologia*. 2.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

CÁRNIO, Henrique Garbellini; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomáz. *Introdução ao Direito: teoria, filosofia e sociologia do direito*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Mário Tavernard de. Planejamento sucessório no âmbito da empresa familiar. In: COELHO, Fabio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO; Tomás Lima de; PAZ, Leandro Alves. A utilização estratégica do planejamento jurídico na organização e gestão do patrimônio familiar. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 11, p. 95-123, set./out. 2015., *apud* SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

CASTAÑEDA, Francisco Javier Olmedo. *La transmisión de la empresa familiar: claves jurídicas para su éxito*. Propuestas de reforma legislativa. Valencia: Tirant to Blanch, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa; FERES, Marcelo Andrade. *Empresa Familiar: Estudos Jurídicos*. Ed. Saraiva, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil: parte geral: negócio jurídico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, v. 2.

CÓRDOBA, Marcos M. *Sucesiones*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores. 2016.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012.

COSTA, Simone Oliveira. Relevância dos pactos sucessórios na empresa familiar: o pacto de família. *Dissertação de mestrado em Direito Privado*. Universidade Católica Portuguesa, 2018.

COSTALUNGA, Karime; NIOAC PRADO, Roberta; KIRSCHBAUM, Deborah. Sucessão Familiar e Planejamento Societário I. In: *Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COULANGES. Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 2006.

CRUZ, Sebastião. *Direito romano (ius romanum). Introdução. Fontes*. 4. ed. Coimbra, 1984.

DANTA, Joana Morais. Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice. *Dissertação de mestrado*. 2016.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Manual de direito das famílias* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de direito das famílias*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

_____. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. La partición realizada por el propio testador en el Código Civil. 2011. Disponível em Disponível em <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL2.498.173.

DINIZ, Gustavo Saad. *Curso de Direito Comercial*. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. 4ª ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito da família. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* – no 32, 2014.

FÉRES, Marcelo Andrade. Protocolo ou pacto de família: a estabilização das relações e expectativas na empresa familiar. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar*: estudos jurídicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDEZ BAQUERO, Maria Eva. Definición Jurídica de la familia em el derecho romano. *Revista de Derecho UNED*. n. 10. 2012.

FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, "*Notas sobre el tratamiento jurídico de la empresa familiar*", en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdera Server, Rafael, (Coordinadores), "*Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*", Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 1057 a 1085.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

GARCIA, Consolación Pascual García. *Empresa Familiar*: Mujer y Sucesión. *Tese apresentada à Universidad de Córdoba*, 2012.

GIBBON, Edward. *Declínio e queda do Império Romano*. ed. abreviada. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização de Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Renata Raupp. Entre a Fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro. Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati. 2019. 214 p. *Tese (Doutorado)* - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

GOMES, Tiago Franco da Silva. *Governança corporativa e empresas familiares* – Análise dos instrumentos de governança corporativa para empresas familiares. R. de Dir. Empresarial – RDEmp | Belo Horizonte, ano 11, n. 2, p. 135-152, maio/ago. 2014.

GONCALVES, J SERGIO. *As empresas familiares no Brasil*. RAE Light • v. 7 • n. 1 • p. 7-12 • Jan./Mar. 2000.

GRIMALDI, Michel. *Droit Civil: libéralités: partages d'ascendants*. Paris: Éditions Litec, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka., Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

GUEDES, Ana Rita Monteiro Martins. A legítima dos ascendentes: desadequação do regime e sugestões para a sua mudança. *Dissertação de mestrado apresentada perante a Universidade Católica Portuguesa*. Porto, 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. *Revista Brasileira de Direito Civil*, RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21. p. 87-109, jul./set. 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Entre peixes e afetos*. IBDFAM. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/286/Sobre+peixes+e+afetos>. Acesso em 19 de abril de 2023.

_____. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

HOLANDA, Maria Rita de. *Parentalidade: entre a realidade social e o Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano: Historia e Instituciones*. 18ª Edição. 1ª versão 1958. Ed. Sello Editorial. Barcelona. 2010.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Trad. [da edição alemã de 1992] Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KLAUS JOCHEN, Albiez Dohrmann. Algunos instrumentos jurídicos -contractuales- para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. su endeblez jurídica. In: Potección del Patrimonio Familiar. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; GARCÍA PÉREZ, Rosa (Coord.), 2006. Disponível em <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL1.050.321.

LAFERRIÈRE. *Histoire du droit civil du Rome et du droit civilfrançais*. Paris: 1886. vol. II, p. 192. Cfe. REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

LASARTE, Carlos. *Derecho de Sucesiones*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011, vol. VII. p. 189 *apud* VEIGA, Melissa Ourives. A possibilidade de flexibilização da legítima á luz da técnica da derrotabilidade das normas. *Dissertação de mestrado*. 2017. Fortaleza.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

_____. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LIMA, Diego Papini Teixeira. *Releitura constitucional do instituto jurídico da legítima*. Dissertação de Mestrado. UFAL. Maceió, 2019.

LINERA GRANDA, Pablo Alvaréz de. *El Protocolo Familiar en los Códigos europeos de Buen Gobierno para empresas no cotizadas y de familia*. LA LEY Mercantil nº 90, abril 2022, Nº 90, 1 de abr. de 2022, Editorial Wolters Kluwer.

LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança, saisine e liberdade de testar. *Texto publicado no Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LODI, João Bosco. *A empresa familiar*. 4.ed. São Paulo: Pioneira, 1978.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. *La garantía institucional de la herencia*. Derecho Privado y Constitución. Num. 3. Mayo-Agosto 1994.

MACHADO, Paulo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. *Direito de família*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Renúncia de herança no pacto antenupcial. *Revista dos Tribunais*, 2016. Disponível em

https://www.infographya.com/files/RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf. Acesso em 20 de junho de 2023.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.) *Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALAURIE, Philippe; BRENNER, Claude. *Droit des successions et des libéralités*. 7. ed. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

MALDONADO, Jorge A. Victoria. *El modelo de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*. In:

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008#notas. Acesso em 16 de abril de 2023.

MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. *Holding Familiar e suas vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do plano de sucessão familiar*. Ed. Gens e Atlas, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

MARQUES, R. *Legítima no direito português: O que é e como é dividida?* 2019.

Disponível em: <<https://www.advogado.adv.br/legitima-no-direito-portugues-o-que-e-e-como-e-dividida/>>

MARTÍN, Hilario Mondragon. *La legítima en el derecho español. Tesis doctoral. Universitat Jaume I*. Disponível em

https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/666636/2019_Tesis_Mondragon%20Martin_Hilario.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de junho de 2023.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio. Comentario a los arts. 806 a 857. En *Jurisprudencia civil comentada. Código civil, tomo I*, coord. por M. Pasquau. pp. 1424 - 1578. Comares, Granada 2009.

_____. *Acciones protectoras de la legitima. Acciones civiles, Tomo I*, Dir. Eugenio Llamas, Madrid 2019, La Ley.

MARTÍN ROMERO, Juan Carlos, "*La transmisión de la empresa familiar*", en Amanda Cohen Benchetrit, María Belén González Fernández, Antonio F. Galacho Abolaño, Eugenio Olmedo Peralta (Coordinadores), "*Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*", 2018. Disponível em <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL6.521.148.

MARTÍNEZ, M^a. C. *O direito sucessório espanhol diante das transformações da família*. 2019. *Dissertação (Mestrado em Direito)* - Universidade de Granada, Granada, 2019.

MARTINS, I. *História do direito romano*. São Paulo: Editora Contexto, 2019.

MARTINS, S. *História do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 3.

MEIRELES, Rose Melo Venelau. *Autonomia privada e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO, José Guida. Ulpiano e o estoicismo no direito romano do principado. *Tese de Doutorado PUC-SP*. São Paulo, 2012.

NEVES, Rubia Carneiro. Meios protetivos da dissipação do patrimônio empresarial por algumas relações de família: cláusula de incomunicabilidade, acordo de convivência e pacto antenupcial. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2011.

ORTIS, Ania Granjo. ARBITRAJE, PROTOCOLO Y EMPRESA FAMILIAR DESDE EL DERECHO DE FAMILIA, LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIPLOMACIA ECONÓMICA INTERNACIONAL: El método ARBICOF. *Tesis doctoral*. Valencia, 2015.

OURIQUES, Paolla. *Legalidade, eficácia e implicações societárias do protocolo familiar*. São Paulo: Almedina, 2018.

PAGLIUSI, Ivy Helene Lima. COPARENTALIDADE: NOVA FORMA DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR? Aspectos práticos e desafios. *Tese de Doutorado* apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, em regime de Cotutela de Tese e Dupla Titulação com a Universidade de Salamanca (USAL), sob orientação dos Professores: Dr. Lauro Ishikawa (FADISP-Brasil) e Dra. María Esther Torreles Torrea (USAL-Espanha). 2022.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa. La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del código civil. In: *Potención del Patrimonio Familiar*. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; GARCÍA PÉREZ, Rosa (Coord.), 2006. Disponível em <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL1.050.323.

Paulo, D. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Aloysio Ferraz. *O direito como ciência*. São Paulo: RT, 1980, p. 12 Cfe. ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Aurea Pimentel. *A nova Constituição e o Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad, Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira. *Introdução ao Direito Romano: constituição, categorização e concreção do Direito em Roma*. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: direito das sucessões: inventário e partilha*. Atualizado por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo e Euclides de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 60.

PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Empresas familiares - governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REBELATO, Daniela Rocegalli. Breves apontamentos sobre o direito sucessório à luz do direito romano e suas similaridades com o direito brasileiro. *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, Ed. 07, Vol. 09, pp. 72-86. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/direito-romano>

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SALERNO, Larissa. A presença da *affectio societatis* em uma sociedade anônima de capital fechado. *Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas*. n.1 ano 4, 2014. Disponível em <http://www.libertas.edu.br/revistajuridica/mostrarevista.php?idsum=81198>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

SAMPAIO, Luciano. *Empresas familiares e plano de sucessão*. Disponível em <https://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/artigos/empresas-familiares-e-plano-de-sucessao.html#:~:text=Dados%20do%20Instituto%20Brasileiro%20de,75%25%20dos%20trabalhadores%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em 10 de março de 2023.

SANTOS, Larissa Maia Freitas Salerno Miguel; VALIM, Thalles Ricardo Alciati. Planejamento Sucessório e Compliance em Empresas Familiares: instrumentos compatíveis com o Direito brasileiro. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo. v. 15. n. 3, set./dez. 2021. Disponível em <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/308/367>. Acesso em 06 de março de 2023.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARTLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe. Acordos parassociais em empresas familiares. In: COELHO, Fábio Ulhoa; FÉRES, Marcelo Andrade (coord.). *Empresa familiar: estudos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHREIBER, Anderson; VIÉGAS, Francisco de Assis. Por uma releitura funcional da legítima no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol 19/2019, p. 211- 250, abr - jun 2019. Disponível em: <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/597>>.

SEBRAE. *Característica das empresas do Brasil*. Disponível em <www.sebrae.org.br>.

SILVA, Rafael Cândido da. Pactos sucessórios: ensaio sobre a perspectiva funcional da autonomia privada na sucessão *causa mortis*. *Dissertação de mestrado*. 2017.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Repensando a noção de pacto sucessório: “de lege ferenda”*. *Carta Forense*, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://professorsimao.com.br/repensando-a-nocao-de-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/#:~:text=O%20contrato%20que%20transfere%20a,que%20se%20sujeitaria%20o%20herdeiro>. Acesso em 06 de março de 2023.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 6ª ed. rev e atual. São Paulo: Método, 2013. v. 6.

SIMARO, Clara Gago. Las donaciones en la sucesión hereditaria (cómputo, imputación y colación). *Tesis doctoral*. Universidad de Oviedo. 2019.

SIQUEIRA, João Paulo S. de. Direito Romano: Influências no pensamento jurídico latino-americano. *Revista do Instituto Do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 5.

SOUSA, Rabindranath Capelo de Sousa. *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4.ª Edição.

STJ - *REsp*: 992749 MS 2007/0229597-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2010.

STJ - *REsp*: 1472945 RJ 2013/0335003-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STS 507/2020. ECLI: ES:TS:2020:507. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Madrid. Sección 1. Recurso 1824/2017. Resolución 120/2020. Fecha 20/02/2020. Recurso de casación. Sentencia. Ponente Juan Maria Diaz Fraile.

TÁCITO, C. *Histórias*. São Paulo: Ática, 2000.

Tácito, Histórias. In: Bárbaro, G. Direito Sucessório na Antiguidade. Direito e História, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil* – direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 6.

_____. *Direito civil: Direito das sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 6.

_____. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil* | Belo Horizonte, v. 25, p. 117-140, jul./set. 2020.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório: pressupostos e limites*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3.

_____. *O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. 2001. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microsistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf. Acesso em 08 de junho de 2018.

_____. Direito civil e proteção das vulnerabilidades. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 7, jan./mar. 2016. Disponível em https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%207%20|%20Jan-Mar%202016&category_id=123&arquivo=data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf. Acesso em: 15 de junho de 2023.

TITO LÍVIO. *Oeuvres de Tite-Live (Histoire romaine)*. Trad. M. Nisard. Tome I. Paris: 1864.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. n. 92. abr. 2003.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. v.3. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ULPIANO. *Comentário al Edicto*. Libro XLVI. D.50.16.195.2. Cfr Euzebio Diaz. *Instituciones de Derecho Romano*. Tomo I.

VALERO, Inés. *Legítima: entre a segurança e a iniquidade*. 2018.

VALLADOLID, Medardo Nizama. La Familia en el derecho romano y en el ordenamento normativo actual. *Revista Jurídica “Docentia et investigatio”*. Facultad de Derecho U.N.M.S.M. Vol. 11. N.2. 25-12, 2009.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Código Civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*, Vol. 5.

VIANA JÚNIOR, Allan. A Construção de Uma Teoria da Imputação no Direito Sucessório Brasileiro. *Dissertação de Mestrado*. 2017.

VIDAN PEÑA, Luis Javier. *Transmisión generacional de la empresa familiar*. Tesis doctoral. Pamplona/Iruña, 2023.

VILELLA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Separada da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150>>. Acesso em: 20 out. 2022.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil - direito das sucessões*. v. 6. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WALKER, Wiliston. *História da Igreja Cristã*. Tradução Paulo D. Siepierskij. 3. ed. São Paulo: ASTE, 2006.

XAVIER, Rita Lobo. Para quando a renovação do Direito sucessório português? *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Coordenação de Elsa Vaz Sequeira e Fernando Oliveira e Sá, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.

ZANETTI, Pollyana Thays. *A proteção sucessória da família e o problema da legítima no Código Civil Brasileiro*. PUC/MG, 2019.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.10.2022.

_____. Lei Federal n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Publicada no DOU de 17.12.1976.

_____. Lei Federal n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.
Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Publicada no DOU de 27.12.1977.

_____. Lei Federal n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.
Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Publicada no DOU de 30.12.1994.

_____. Lei Federal n. 9.278, de 10 de maio de 1996.
Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.. Publicada no DOU de 03.05.1996.

_____. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no DOU de 11.1.2002.

_____. Lei Federal n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.
Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Publicada no DOU de 03.10.2003.

_____. Senado Federal. PL 430/2013. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em 10/09/2022.

_____. Senado Federal. PL nº 3799, de 2019. Disponível em
https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1674177560202&disposition=inline&_gl=1*17hg1f2*_ga*NTg2MzU0MjYwOTA2Ni4wLjAuMA.2MS4xLjAuMTY4OTYwOTA2Ni4wLjAuMA.

CATALUÑA. Código Civil. Ley 10/2008.

ESPAÑHA. Código Civil Español. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.*

_____. *Constitución Española*. Disponível em:
<www.boe.es/biblioteca_juridica/>. Acesso em 02/12/2021.

_____. Real Decreto 171/2007.

FRANÇA, *Code Civil*. Disponível em <
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/>

ITÁLIA. *Codice Civile Italiano*. Disponível em: <
http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em
20/02/2023.

PORTUGUAL. Decreto-Lei n.43.344 de 25 de novembro de 1966. Código Civil.
Disponível em: <<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>>. Acesso em 20/02/2023.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3799, de 2019. Disponível em
https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1674177560202&disposition=inline&_gl=1*17hg1f2*_ga*NTg2MzU0MjQyLjE2ODk2MDkwNjE.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4OTYwOTA2MS4xLjAuMTY4OTYwOTA2Ni4wLjAuMA.